Rechte des Käufers aus der wissentlich unwahren nicht vertragsmäßigen Zusicherung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Martin Markiewitz

Referendar in Falkenberg O./S.

Breslau

Koebner'sche Buchhandlung (Barasch & Riesenfeld)

1908.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Professor Dr. Leonhard.

Meinen Eltern

in Liebe und Dankbarkeit.

Inhalts-Verzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Arndts R. v. Arnesberg: Lehrbuch der Pandekten. 1883.
Bandel: Ueber dolus und Betrug im gemeinen Privatrecht. Diss. Breslau 1899.
Bechmann: Der Kauf nach gemeinem Recht. II. Teil „System des Kaufs nach gemeinem Rechte." 1. Abt. 1884.
Bluntschli (Dahn): Deutsches Privatrecht 1864.
Brinz: Lehrbuch der Pandekten. 1882.
Burchardi: Die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. 1831.
Bütow: Zwei Fragen aus der Lehre vom Betruge. Diss. Greifswald 1900.
Cicero: de officiis 1857 erklärt von Otto Heine.
Cohnfeldt: Die Lehre vom Interesse nach römischem Recht. 1865.
Cosack: Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts. 1903.
Crome: Handbuch des französischen Zivilrechts. 1894. II.
— Gewährleistung wegen Abwesenheit vorausgesetzter Vorzüge der veräußerten Sache nebst einem Anhang über dicta et promissa im Hinblick auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches" im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 78 S. 140.
— „Ueber den Begriff der zugesicherten Eigenschaften der Kaufsache" im Recht. Bd. 1902, S. 333 ff.
Danz: „Die Auslegung der Rechtsgeschäfte". 1. Aufl. 1897, 2. Aufl. 1906.
Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. 1896.
Dernburg: Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens: 1. Bd. 1906, 2. Bd. 1. Teil 1905, 2. Teil 1906.
— Pandekten I 1902, II 1903.
— Lehrbuch des preußischen Privatrechts I 1879.
Deutsche Juristenzeitung herausgegeben v. Laband, Hamm, Heinitz XII. Jhrg. 1907.
Eccius: Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem B.G.B. in Gruchots Beiträgen Bd. 43 S. 306 ff.
Eck: Vorträge über das Recht des B.G.B. I 1903.
Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I 1903.
Enneccerus-Lehmann: Das bürgerliche Recht I 1901.

Entscheidungen des:

Reichsgerichts in Zivilsachen, abgekürzt R.G.
" Strafsachen " R.G.Str.
Oberlandesgerichts " O.L.G.
Reichs-Oberhandelsgerichts " R.O.H.G.
Preußischen Obertribunals " Ob. Trib.

Fischer-Henle: „Bürgerliches Gesetzbuch" 1906.

Förster-Eccius: Preußisches Privatrecht I 1896.

Freundlich: Die gemeinrechtliche Lehre vom dolus causam dans und incidens Diss. Greifswald 1903.

Glück: Ausführliche Erläuterungen der Pandekten nach Hellfeld 1819. Bd. 4, 5, 20.

Goldschmidt: Der Lucca-Pistoja-Aktienstreit. 1859.

Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Hanausek: Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware. 1883.

Hänel: Ueber das Wesen und den heutigen Gebrauch der actio und exceptio doli im Archiv für civil. Praxis. Bd. 12 S. 408 ff.

Hartmann: Die Obligation 1875.

Hasse: Die culpa des römischrn Rechts 1815.

Heise & Cropp: „Juristische Abhandlungen mit Entscheidungen des Oberappellationsgericht der 4 freien Städte Deutschlands. 1827. Bd. I. S. 162 XI, Gewährleistung für Mängel der verkauften Sachen nach germanischen Rechten."

Hellweg: Ueber die Berechnnng der actio quarti minoris im Archiv für civil. Praxis. Bd. 59 S. 35 ff.

Hesse: Zur Lehre vom dolus und culpa im Archiv für civil. Praxis. Bd. 61. S. 203 ff.

Hölder: Kommentar I 1900.

Ihering: Die culpa in contrahendo in seinen Jahrbüchern. Bd. 4 S. 1 ff.

— Der Lucca-Pistoja-Aktienstreit im Archiv für praktische Rechtswissenschaft neue Folge. Bd. 4 S. 225.

Juristische Wochenschrift.

Keller: „Ueber das Verhältnis des ädilitischen Edikts zum Civilrecht" in Sells Jahrbüchern für praktische und dogmatische Bearbeitung des römischen Rechts. Bd. 3 S. 86 ff.

Keudell: „Ueber die Wirkungen des Betruges beim Vertragsabschlusse". Diss. Göttingen 1888.

Klein: Welche Ansprüche entstehen aus dem Betruge beim Vertragsabschlusse. Diss. Erlangen. Kiel 1898.

Koch: Das Recht der Forderungen nach gemeinem und preußischem Recht. II. 1840.

Leonhard, Franz: Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschlusse. Diss. Göttingen. 1900.

— Der allgemeine Teil des B.G.B. 1900.

Köstlin: Grenze zwischem dem strafbaren u. dem bloß civilrechtlich zu verfolgenden Betruge in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, neue Folge. Bd. 14 S. 294 ff.

Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum bürgerlichen Gesetzbuch. I 1898.
Linkelmann: „Ueber die Rechtslage bei argliſtiger Täuſchung“ in der Jur. Woch. 1905 S. 226 ff.
Liſzt: „Die Grenzgebiete zwiſchen Privat- und Strafrecht“ in den „Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines B.G.B. für das deutſche Reich“ Heft 5.
— Deliktsobligationen im Syſtem des B.G.B. 1898.
Matthias: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1901.
Matthieſſen: in der Jur. Woch. 1908 S. 60 ff.
Mommſen: Beiträge zum Obligationsrecht. 1853.
1. Abt. Die Unmöglichkeit der Leiſtung. 1853.
2. „ Zur Lehre von den Intereſſen. 1855.
3. „ Die Lehre von der mora. 1855.
— Erörterungen aus dem Obligationenrecht. Heft 2. „Ueber die Haftung der Kontrahenten bei Abſchließung von Schuldverträgen. 1879.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Geſetzbuches I und II 1888.
Mühlenbruch: Lehrbuch des Pandektenrechts. II 1844.
Neuſtetel: „Bemerkungen zum ädilitiſchen Edikt“ in ſeinen „Römiſch rechtlichen Unterſuchungen für Wiſſenſchaft und Ausübung“ 1821. Bd. 1 S. 155 ff.
Noodt: de formula emendandi doli mali 1724.
Oertmann: Das Recht der Schuldverhältniſſe. Kommentar 1899.
Pernice: Labeo, Römiſches Privatrecht. 2. Bd. 1. Abt. 1895.
Planck: Bürgerliches Geſetzbuch I 1903, II 1907.
Protokolle der Kommiſſion für die zweite Leſung des Entwurfs des B.G.B. Bd. 1. 1897.
Puchta: Pandekten 1877.
Raſchke: Der Betrug im Civilrecht 1900.
Regelsberger: Pandekten. I 1893.
Richelmann: Der Einfluß des Irtums auf Verträge. 1837.
Savigny: Syſtem des heutigen römiſchen Rechts Bd. 3, 1840. Bd. 7, 1848.
Seuffert: Praktiſches Pandektenrecht. II 1848.
— Archiv für Entſcheidungen der oberſten Gerichte.
Sintenis: Das praktiſche gemeine Civilrecht. I 1868 II 1847.
Sprenger: Ueber dolus causam dans und incidens im Archiv f. civil. Praxis. Bd. 88 S. 359 ff.
Schneider: Die allgemeinen ſubſidiären Klagen des römiſchen Rechts. 1834.
Schollmeyer: in Iherings Jahrbüchern. Bd. 49 S. 93.
Schott, Richard: Römiſcher Civilprozeß u. moderne Prozeßwiſſenſchaften. 1904.
Das Gewähren des Rechtsſchutzes im römiſchen Civilprozeß. 1903.
Stamm: Die Anſprüche eines Käufers einer individuellen Sache wegen Fehlens einer zugeſicherten Eigenſchaft im gemeinen Recht und im bürgerlichen Geſetzbuch. Diſſ. Leipzig 1902.
Staub: Kommentar zum H.G.B. II 1907.
Staudinger: Kommentar zum B.G.B. I 1903 II 1901.
Striethorſt: Archiv für Rechtsfälle.

Unterholzener: Die Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen 1840.
Vangerow: Pandekten. 1876.
Wächter: Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts. II 1842.
— Pandekten. II 1881.
v. Wening-Ingenheim „Die Lehre vom Schadenersatz" 1841.
Werner: Streitfragen aus dem Gebiete des Wandlungsrechtes im Recht 1902. S. 476 ff.
— im Recht 1905 S. 903 ff.
Westphal: Die Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf-, Pacht-, Miet- und Erbzinskontrakte. 1807.
Westrum: Ueber die Rechtslage bei arglistiger Täuschung in Jur. Woch. 1907. S. 39 ff
Windscheid: Pandekten (Kipp) 1906.
— Wille und Willenserklärung 1878.
— Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung 1850.
— Die Voraussetzung im Archiv für cvil. Praxis. Bd. 78 S. 161 ff.
Zeiller: Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie. 1812. 3. Bd. 1. und 2. Abt.
Ziegler: Ueber Betrug beim Vertragsschlusse. Diss. München 1870.

Einleitung.

Es ist eine gar nicht seltene Tatsache, daß die Parteien vor oder neben einem schriftlichen oder sonstwie formellen Vertrage noch mancherlei mündlich besprechen, was keineswegs immer unwesentlich ist, mitunter sogar die Grundlage für den eigentlichen Vertrag bildet. Solche Beredungen, die abgesehen von Mietverträgen gerade beim Kaufe häufig zu beobachten sind, dürfen natürlich vom Recht nicht ignoriert werden, man darf ihnen nicht kurzerhand jede Geltung versagen. Dies in erster Linie dann nicht, wenn bei diesen mündlichen Besprechungen Betrügereien unterlaufen.

Solche Fälle haben besonders in den letzten Jahren unsere obersten Gerichte beschäftigt, Fälle, die alle sich darin ähneln, daß der Verkäufer neben einer formellen Urkunde dem Käufer noch mündlich gewisse Angaben über die Kaufsache macht, die sich nachher als wissentlich unwahr herausstellen. Hiergegen muß der Käufer in umfassender Weise geschützt werden. Und es erhebt sich daher die Frage, welche Rechtsmittel einem Käufer zustehen, der durch unrichtige Angaben über das Kaufobjekt getäuscht worden ist, wenn jene Angaben nicht Vertragsbestandteil geworden sind, sondern außerhalb des Vertrages stehen.

Natürlich steht dem Käufer wie bei jedem anderen Betrugsfalle aus § 123 B.G.B. ein Anfechtungsrecht zu.

Aber es sind doch Fälle denkbar und tatsächlich vorgekommen, womit diesem Rechtsbehelf und der daraus — sei es nun mit obligatorischer oder dinglicher Wirkung — resultierenden Aufhebung des Vertrages dem Käufer wenig oder garnicht gedient ist.

Jenes Anfechtungsrecht soll daher nicht Gegenstand dieser Abhandlung sein, sondern hier soll nur untersucht werden, ob nicht dem Rechtsbewußtsein des Volkes entsprechend der Käufer die Sache behalten

und Schadensersatzansprüche geltend machen kann, und bejahendenfalls, in welcher Höhe ihm solche zustehen.

Die Entwicklung dieser Grundsätze vom römischen bis zum heutigen Rechte zu beleuchten, ist der Zweck der Arbeit.

---

§ 1.

Die Erörterung hat mit der Beantwortung der Frage zu beginnen, welche Bedeutung das römisch-gemeine Recht einseitigen, außerhalb des Vertrages stehenden Erklärungen des Verkäufers über Eigenschaften der Kaufsache beilegt, und die geschichtliche Ausbildung dieser Grundsätze zu beleuchten. Hierbei soll nun zunächst vom Betruge völlig abgesehen werden. Einen Wendepunkt in der Lehre vom Kaufe bildete das aedilitische Edikt, weshalb ich bis zu diesem die erste, älteste Periode rechne. Was wir aus den Anfängen dieser Zeit, insbesondere der Zeit des Manzipationskaufes von den Gewährleistungspflichten des Verkäufers wissen, ist sehr dürftig. An erster Stelle steht hier der bekannte Zwölftafelsatz. „Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto, ein Satz, in dem einzelne Schriftsteller das Einstehen für jegliche Zusagen gefunden zu haben meinten. Hiergegen spricht aber die Existenz der actio auctoritatis und modo agri, die zeigen, daß nur für gewisse Behauptungen der Käufer einstehen sollte, für Eviktion und Größe des Grundstücks, während er im übrigen sich aus seinen Zusagen einer Verpflichtung nicht aussetzen konnte, es sei denn natürlich, er schließe darüber eine besondere Stipulation ab, die ihn mit der acti ex stipulatu verpflichtet[1]. Diese Strenge mußte bald einem Bedürfnis des Verkehrs weichen, den Verkäufer auch für außerhalb der ausdrücklichen Vertragsabrede stehende Zusagen haften, insbesondere „ihn nicht ungestraft lügen zu lassen[2], und diesen Fortschritt brachte zunächst das Aedilenrecht, das bald auch das starre Civilrecht in diesem Sinne modifizierte.

§ 2.

Die Aedilen schufen eine Haftung für alle Zusagen, ohne irgend wie die formellen oder vertraglichen zu bevorzugen. Zwar blieben diese, in Stipulationsform abgegeben, noch im Gebrauch und ermöglichten

[1] Hanausek I, 42. F. Leonhard 6.
[2] Neustetel 183.

es, mit der genannten actio ex stipulatu das Interesse[1]) an dem Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaft zu fordern, aber für Anstellung der eigentlichen aedilitischen Rechtsmittel, die uns hier allein interessieren, genügte jede formlose und nicht vertragliche Zusage. Wenn trotzdem die Quellen immer noch von dictum und promissum sprechen, und darin eine sprachliche, vielleicht auch die Reminiscens einer früheren rechtlichen Scheidung liegt, so steht doch die gleiche Berücksichtigung im Edikt der Aedilen fest[2]). Wie die Form der Zusage irrelevant wird, so auch die Zeit ihrer Abgabe, die, auch wenn in den Vorverhandlungen erfolgt, die rechtlichen Folgen nicht alteriert. Dies ergibt sich aus der sonst bestrittenen l. 20 D. 21, l.[3]). Aber immer konnte der Käufer wegen Fehlens eines dictum nur Preisminderung mit der (actio quantiminoris erlangen[4]), zur Geltendmachung weiterer Ansprüche blieb die Stipuvlation die notwendige Voraussetzung.

§ 3.

Doch auch diese letzte Schranke mußte fallen, das neuere ius civile hat sie beseitigt und in der actio empti ein Mittel zur Erlangung des vollen positiven Interesses gewährt. Ob diese Reform parallel mit der aedilitischen Hand in Hand ging, mag dahin gestellt bleiben. Noch für Ciceros Zeit — wo sicherlich wenigstens das Sklavenedikt bereits proponiert war[5]) — läßt sich mit Bestimmtheit ein positiver Beweis nicht erbringen. Die bei Cicero de offic III c. 13 stehenden Worte: Sin autem dictum non omne praestandum est, quod dictum non est, id praestandum putas? scheinen eher gegen die verbindliche Kraft eines Dictum zu sprechen, als unter Anerkennung dieser aus dem Begriffe des Dictum bloß die allgemeinen Anpreisungen ausscheiden zu wollen,

[1]) Herrschender Ansicht nach konnte sogar Stipulation auf das Doppelte verlangt werden, daher stipulatio duplae genannt. l. 32 u. 31 pr. u. § 1 D. 21,2. So Hanausek I 36, Mommsen B. II 206. A. M. Windscheid II. § 394 a. 17. Die Berechnungsweise des simplum ist bestritten. Neustetel 237,38 Keller 119 a. 46.

[2]) l. l. § 9 D. 21,1 dictum accipimus . . .

[3]) si vero ante venditionis tempus dictum intercesserit, deinde post aliquot dies interposita fuerit stipulatio Cälius Sabinus scribit ex priore causa, quae statim inquit, ut veniit id mancipium, eo nomine posse agere coepit. Näheres über diese Interpretation vgl. Glück XX, 157, Westphal § 479.

[4]) Daß er daneben das Wandlungsrecht hat, interessirt hier nicht.

[5]) Näheres über deren Alter vgl. bei Hanausek 26.21.

wie Bechmann I, 662 m. E. ohne Grund annimmt [1]). Wie dem aber sei, in der nachciceronischen Zeit steht die Anerkennung jeder vertraglichen wie nicht vertraglichen Zusage nach Zivilrechtsgrundsätzen fest. Sie begründet stets eine actio empti, die mit der aediltischen quanti minoris konkuriert, aber bedeutend darüber hinausgeht, da mit ihr auch das positive Interesse erreicht werden kann, was bisher nur mit der actio ex stipulatu möglich war. Wenn dies auch für den gutgläubigen Verkäufer bestritten ist [2]), für den hier interessierenden bösgläubigen ist es allgemein anerkannt.

§ 4.

So ist also, wenn wir die Entwickelung verfolgen, die Haftung des Verkäufers von der ausdrücklichen, in Stipulationsform abgegebenen Zusage bis auf die formlose, ja selbst nicht vertragliche ausgedehnt worden. Das ist dann der Standpunkt des entwickelten, römischen und auch gemeinen Rechtes, wenigstens der richtigen, herrschenden Ansicht nach, wie uns Literatur und Rechtsprechung beweist. Soweit ich diese übersehe, ist nur ein einziges Mal der Begriff des Dictum falsch aufgefaßt und verlangt worden, die Zusage müsse, um rechtsverbindlich zu sein, Vertragsbestandteil geworden sein [3]). Abgesehen hiervon ist stets eine ausgeprägte Vertragsform für unnötig, eine einfache, sich auf die Beschaffenheit der Kaufsache beziehende Aussage des Verkäufers für hinreichend befunden worden, die actio empti zu begründen [4]). Im Einklang mit der Praxis befindet sich auch die gesamte gemeinrechtliche Doctrin. Einzelne Schriftsteller aber z. B. Dernburg P. II, 276 und Crome 333 bestreiten m. E. ohne Grund die Gleichstellung von dictum und promissum im römisch-gemeinen Rechte und wollen zwischen angegebenen Eigenschaften, die das Aedilenrecht berücksichtigte, und versprochenen, für die man sogar nach Zivilrecht einstand, scheiden, und nur bei diesen eine Klage auf das Erfüllungsinteresse geben. Die herrschende Ansicht ist aber dagegen [5]).

---

[1]) Hanausek I, 44, F. Leonhard 24.

[2]) Vgl. Hanausek I, 46, Mommsen B. I 203,205 B, III 411. Cohnfeld 179. Es ist wohl auch für den venditor ignorans zu bejahen, wie aus l. 13 § 3 D 19,1 hervorgeht. A. M. Dernburg II, § 100 a. 14.

[3]) Vgl. Sf. 41^{95}.

[4]) So Sf. 2^{228} 41^{265}. R. O. H. G. X 336 Sf. 17,29.

[5]) Sintenis II, 610, Arndts § 304, Wächter P. II 468, Hanausek I, 75,175. A. M. auch Eccius in Gruchot 43,306.

§ 5.

Es ist aber im Interesse des Verkehrs nötig, den Grundsatz, wonach jedes Dictum rechtsverbindlich ist, einzuschränken. Es scheiden daher aus dieser Sphäre die allgemeinen Anpreisungen, die bloßen Floskeln aus, die im Verkehr nicht ernst genommen werden wollen. Ihr Charakteristikum ist der mangelnde animus obligandi, die fehlende Absicht des Verkäufers für seine Angaben einzustehen. Bloß des Lobes halber legt er der Ware Eigenschaften bei, meistens weil er annnimmt und auch annehmen kann, die Gegenpartei werde hierin nur Floskeln erblicken. Dies darf das Recht nicht ignorieren, und so sehen wir schon frühzeitig solche aus dem Begriffe des verbindlichen Dictum ausgeschieden. „Quod venditor, ut commendet, dicit, sic habendum est, quasi neque dictum neque promissum est!" Heißt es in l. 37 D. 4, 3, und ein andermal finden wir eine restriktive Interpretation des Dictum, wenn in l. 19 § 3 D. 21, 1 nur das als verbindlich anerkannt wird, quaecunque sic dicuntur, ut praestantur, non ut jactentur. Auch in l. 19 pr. eodem, l. 43 pr. D 18, 1 finden wir gleiche Gedanken. Es bleibt also als Dictum im Rechtssinne jede animo obligandi gemachte Erklärung über Eigenschaften der Kaufsache übrig[1]).

§ 6.

Es steht also dem Käufer frei, die aedilitische quanti minoris oder die zivilrechtliche actio empti anzustellen. Wenn man auch in der Praxis zu jener in solchen Fällen selten greifen wird, so muß ich doch wenigstens kurz von der Berechnung des Minderungsanspruches sprechen. Entspricht der Kaufpreis dem Werte der Sache mit der Eigenschaft, so ist er natürlich bis zu dem Betrage zu mindern, der dem Werte der Sache ohne die Eigenschaft gleich käme. Diesen Fall scheinen die Quellen im Auge zu haben, da sie von einer Berechnung Abstand nehmen, wahrscheinlich, weil sie eine solche für selbstverständlich hielten[2]). Keineswegs ist aber diese so unbestritten, wenn Preis und Sachwert mit der Eigenschaft nicht identisch sind, weil dann für eine verschiedene Berechnung Raum ist. Man könnte — und alle diese Ansichten sind in der Doktrin vertreten — dem Käufer

[1]) Windscheid II, 685 Hanausek I, 76, Cohnfeldt 184, Westphal § 391, 392.

[2]) Hanausek 128, Windscheid II, § 394 A 1, Hellweg A.Z.Pr. 59, 37.

die Differenz zwischen dem Sachwert ohne und dem mit der Eigenschaft zusprechen [1]), oder die Differenz zwischen Kaufpreis und Wert der Sache ohne die Eigenschaft. Jene liefe auf eine absurde Benachteiligung des Verkäufers, diese auf eine solche des Käufers hinaus, da Fälle möglich wären, wo dort der Verkäufer mehr als den Kaufpreis herausgeben müßte, hier der Käufer nichts erhielte, was eintreten würde, wenn der Kaufpreis hinter der Differenz von Sachwert mit und ohne Eigenschaft resp. hinter dem Werte der Sache ohne die Eigenschaft zurückbliebe. Diesen beiden absoluten Theorien stehen zwei relative gegenüber, von denen die eine den Betrag entscheiden läßt, den der Käufer bei Kenntnis des Fehlens der Eigenschaft gezahlt hätte [2]) die andere den Kaufpreis in dem Verhältnis herabsetzen will, in welchem der Wert der Sache mit und ohne die Eigenschaft zu einander stehen [3]). Gegen erstere Ansicht spricht die Erwägung, daß einem solchen weitgehenden Rechte des Käufers unbedingt die Befugnis des Verkäufers korrespondieren müßte, durch den Beweis, daß Käufer trotz Kenntnis des Fehlers nicht weniger geboten hätte, den Preisminderungsanspruch illusorisch machen zu können [4]). Es wird deshalb die verhältnismäßige Herabsetzung des Kaufpreises am besten zum Ziele führen, wenn nicht, wie bereits gesagt, die auf das Erfüllungsinteresse gehende actio empti angestrengt wird.

§ 7.

Wir haben bis jetzt nur die Zusage als solche als Quelle von Ansprüchen behandelt und wollen nunmehr wieder den Gesichtspunkt des dolosen Verhaltens des Verkäufers allein ins Auge fassen und dabei von der Zusage abstrahieren, da es ja Fälle von dolus in contrahendo gibt, die, obwohl Zusagen, doch keine Haftung adversus dictum promissum, sondern nur eine solche ex dolo begründen können, z. B. Zusagen, die nur allgemeine Anpreisungen sind. Aus dieser Erwägung schien mir eine getrennte Behandlung beider Gesichtspunkte geboten.

---

[1]) R.O.H.G. X, 351 Streithorst 82, N. 9 Sf. 17,128.

[2]) Hellweg l. c. Windscheid § 394 A. 1.

[3]) Vgl. die bei Hellweg 38 A 5 zit. R.O.H.G. XV, 328, Gruchot 24,890, Hanausek 131.

[4]) Hanausek l. c.

§ 8.

Der Untersuchung und Beantwortung der Frage nach der rechtlichen Behandlung des dolus in contrahendo muß ich zunächst eine Begriffsbestimmung voranschicken. Es ist nicht der Zweck dieser Arbeit, die Stellung des dolus in contrahendo in der Gattung des dolus überhaupt eingehend zu würdigen[1]), ich erinnere nur kurz an den übergeordneten dolus im weitesten Sinne als Selbstsucht schlechthin, an den engeren dolus malus in der Bedeutung von unerlaubtem selbstsüchtigen Handeln, als deren Unterarten der dolus bals als strafrechtlicher Vorsatz[2]), bald als arglistige, unsittliche Veranstaltung zum Nachteile eines Anderen, bald enger als Synonymon von fraus, d. h. als durch Wahrheitsentstellung und Irrtumserregung begangene widerrechtliche Willensbeeinflußung beim Kontraktsabschlusse erscheint. Das ist der Fall des eigentlichen dolus in contrahendo, den ich zum Ausgangspunkte meiner Abhandlung nehme.

§ 9.

Ich betrachte zunächst dessen Voraussetzungen und beginne mit dem Erfordernis der Wahrheitsentstellung, die sowohl negativ durch Verschweigen — dieser Fall interessiert hier nicht — als auch positiv durch unwahre Behauptungen, die nicht notwendig Zusagen zu sein brauchen, erreicht werden kann. Man denke hier besonders an die oben erwähnten allgemeinen Anpreisungen, die mangels des animus obligandi nicht unter das Diktum im Rechtssinne fallen, die daher aus dem Gesichtspunkte der Gewährleistung unberücksichtigt bleiben, nicht so aus dem des dolus. Denn hierfür ist es gleichgültig, ob animus obligandi vorhanden ist oder nicht, ob die Anpreisung speziell oder allgemein gehalten ist, ausschlaggebend bleibt allein die Tatsache der Wahrheitsentstellung und dazu der Täuschungsabsicht. Beides ist dem Verkäufer streng genommen nachzuweisen. Während aber bezüglich der Wahrheitsverfälschung der Käufer tatsächlich darlegen muß, der Kontrahent habe die Unwahrheit seiner Behauptungen gekannt, bleibt es ihm erspart, darüber hinaus zu zeigen, wie auch

---

[1]) Kuhlenbeck I, 435.

[2]) Pernicé II, 1, S. 208. Cic. De. off. III, c. 14, l. 1 § 2 D 4,3 Dernburg I § 86 A 4 Schneider 312, Savigny III, 118, Ziegler 1 Unterholzener I, 272, Hasse 97 f.

das falsche Vorbringen nur in Täuschungs-Absicht erfolgte. Denn der Verkäufer, der sich mit der Wahrheit in Widerspruch setzt und weiß, sein Gegner könne sich hierdurch täuschen lassen, wird daher auch die Absicht zu täuschen haben. Der Beweis der Kenntnis des Verkäufers von der Unwahrheit seiner Worte involviert den Täuschungsbeweis [1]). Es ist wohl auch nicht bloß Zufall, wenn die in Betracht kommenden Pandektenstellen nur vom sciens venditor sprechen. Vgl. z. B. l. 21 § 1, l. 30 § 1, l. 45 § 1 D. 19, 1—.

§ 10.

Wahrheitsentstellung und Täuschungsabsicht sind die beiden einzigen Requisite des dolus auf seiten des Verkäufers. Liegen diese aber vor, dann vermag nichts den Eintritt der aus dem dolus entspringenden Folgen zu hemmen. Es ist daher in diesem Falle selbst für eine exceptionelle Behandlung der allgemeinen Anpreisungen kein Raum, daher auch die öfters vertretene Ansicht zu verwerfen, [2]) wonach eine allgemeine Anpreisung keine Haftung ex dolo begründen könne. Vielmehr glaube ich, wenn auch beide Begriffe oft auseinanderfallen, so können sie sich doch decken. Das unterscheidende Moment liegt in der Absicht des Verkäufers. Dort bloße Uebervorteilungsabsicht, hier Täuschungsabsicht. Wie man den Willen haben kann, jemanden zu täuschen, ohne ihn zu übervorteilen, so auch den Willen, ihn zu übervorteilen, ohne ihn zu täuschen. Und die Wahrheit entstellen allein heißt noch nicht täuschen. Jedes Recht muß eine „gewisse Abweichung von der Wahrheit dem Spekulationsgeiste frei geben [3]),“ es darf eine solche „konventionelle Sphäre“ nicht ignorieren. Es darf den Verkäufer, der, um einen höheren Kaufpreis zu erlangen, die Güte seiner Ware in allen Farben schillern läßt, nicht gleich Täuschungsabsicht unterschieben, sondern es muß damit rechnen, daß der Verkäufer annimmt und annehmen kann, der Käufer werde die Abweichung seiner Worte von der Wahrheit merken. Ganz ohne Uebervorteilungsabsicht wird er selten handeln, denn eine solche läßt sich schwer aus dem Wesen

---

[1]) Mommsen E. 146, Goldschmidt 70, 76, Hanausek II, 188 A. 25. Hesse 210, Ziegler 6.

[2]) Wie z. B. bei Mommsen E. 145 Hanausek II, 187 A 23.

[3]) Badischer Komm. Ber. bei Thilo S. 384. (Zitat übernommen v. Köstlin 408 A 1.

des Kaufes ausscheiden[1]. Das ist auch der Sinn der l. 22 § 3 D. 19, 2 wo es heißt: in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris est minoris emere, quod minoris sit pluris vendere, et ita invicem se circum scribere. Wenn aber diese bloße Uebervorteilungsabsicht in Täuschungsabsicht übergeht — was im Einzelnen Tatfrage ist und wofür der Grad der Wahrheitsentstellung ein Präjudiz geben wird — dann sind alle Voraussetzungen des dolus vorhanden und selbst bei allgemeinen Anpreisungen eine Klage aus dem dolus zu gewähren. Die Quellen, die Judikatur und die herrschende gemeinrechtliche Doctrin sollen diese Ansicht erhärten. So werden ausdrücklich in l. 37 D. 4,3 allgemeine Anpreisungen für ungeeignet gehalten, Ansprüche aus der Gewährleistung, nicht aber solche aus dem Betruge zu begründen, wenn der Verkäufer Täuschungsabsicht hat. Quod venditor, ut commendet, dicit, sic habendum est, quasi neque dictum neque promissum est. Si vero emptoris decipiendi causa dictum est, aeque sic habendum ut non nascatur adversus dictum promissum actio, sed de dolo actio. Dieser Satz ist so klar, daß es unmöglich ist, ihn durch Heranziehung einzelner Stellen, z. B. l. 9 § 1 D. 4, 3 und l. 4 D. 19,1, die allerdings wegen spezieller Vorspiegelungen die Haftung ex dolo erwähnen, auf solche Fälle einschränken zu wollen, wie z. B. Mommsen es tut[2]). Richtig ist er auch in der Praxis aufgefaßt worden, und wiederholt kehrt in den Entscheidungsgründen der höchsten Gerichte der Passus wieder[3]), daß es nur darauf ankomme, ob die Angabe des Verkäufers zur Täuschung geeignet sei — und wenn dies der Fall, dann ist auch Täuschungsabsicht beim Verkäufer zu vermuten — und daß unter dieser Voraussetzung allgemeine Anpreisungen zum dolus werden. Auch die Literatur hat sich, wenn wir von Mommsen und Hanausek[4]) l. c., absehen auf diesen Standpunkt gestellt.[5])

[1]) Köstlin 408.

[2]) E. 145 A 4.

[3]) Vgl. Sf. 4, 101; 18,237; 29,16; R. O. H. G. X, 336.

[4]) Köstlin 408, Regelsberger 537 A 5. Ziegler 17, Leonhard 30, Kujazius opp. T. 7 S. 696.

[5]) Eigenartig ist Hesse's Standpunkt l. c. 242, der zwecks Erzielung eines höheren Kaufpreises gemachte allgemeine Anpreisungen, wenn sie sich auf offene und leicht erkennbare Eigenschaften beziehen, nie als zu vertretenden dolus auffaßt, der aber ohne Unterscheidung stets dann dolus annimmt, wenn der Käufer durch diese Angaben überhaupt erst zum Vertragsschluß bestimmt wurde.

§ 11.

Mitunter werden neben den eben besprochenen Requisiten des Betruges noch andere genannt, die ich als unrichtig nunmehr zurückweisen will. Es sollen hierher das Erfordernis besonderer betrüglicher Veranstaltungen und der Schädigungsabsicht gehören. Schon abgesehen von dem völligen Schweigen der Quellen läßt sich nicht ein einziger Grund dafür nennen, nur bei besonderen betrüglichen Veranstaltungen die Dolusklage zu gewähren. Gegen die Arglist als solche soll der Käufer geschützt sein, und dieses Schutzes bedarf er bei bloßen betrüglichen Angaben nicht minder als bei besonderen Veranstaltungen.[1]) Aus den gleichen Erwägungen hat auch das Erfordernis einer besonderen Schädigungsabsicht zu entfallen. Denn der Käufer hat ein Recht auf Respektierung seiner freien Willensbestimmung beim Vertragsschlusse, und in diese geschützte Rechtssphäre einzugreifen, ist dem Verkäufer niemals gestattet, ohne Rücksicht darauf, welche Motive ihn zu diesem Eingriffe drängen. Uebrigens wird gerade die Absicht zu schädigen weniger die Triebfeder sein, als die Sucht nach Gewinn. Doch selbst diese kann mitunter fehlen, ohne daß die Täuschung dadurch aufhörte, Täuschung zu sein[2]).

Nur dann wird aber die Wahrheitsentstellung des Verkäufers rechtlich relevant, wenn sie zu einem Irrtume des Käufers und als weitere Folge zur Abgabe einer Willenserklärung geführt hat, die ohne den Irrtum und somit ohne die gegnerische Vorspiegelung nicht erfolgt wäre. Die Frage nach der Wesentlichkeit des Irrtums ist hier ohne Bedeutung, zumal gerade der unwesentliche Irrtum, speziell der in den Beweggründen, durch diese Vorschriften über die Arglist getroffen sein soll, weil gegen den wesentlichen Irrtum schon als solchen ein ausreichender Schutz in den Irrtumsrechtssätzen gewährt wird. Jeder Irrtum setzt nun eine Unkenntnis des wahren Sachverhaltes voraus, ein Irrtum bei Kenntnis der Wahrheit ist eine contradictio in adjecto. Es müßte streng genommen der Käufer daher seine Unkenntnis beweisen, doch wird ihm ein solch schwieriger Beweis eines inneren Vorganges nicht auferlegt werden können.

[1]) Ebenso R.O.H.G. X, 336 Sf. 29,16.

[2]) So die herrschende Ansicht Hanausek II, 190, Ihering 268, Mommsen S. 148 A. M. Goldschmidt 79, Savigny III, 118. Einen vermittelnden Standpunkt nimmt Regelsberger ein I, 535, insoweit er das Bewußtsein einer evtl. Schädlichkeit für ausreichend hält, ohne Schädigungsabsicht zu verlangen. Ebenso R.G. 23,137.

§ 12.

Wie nun die Wahrheitsentstellung nicht nur den Irrtum, sondern damit zusammenhängend auch die gegnerische Willenserklärung zur Entstehung gebracht haben muß, so müßte gleichfalls nach dem Grundsatze, daß Kläger den Klagegrund zu beweisen habe, Käufer diesen Kausalnexus zwischen der Wahrheitsentstellung und der gegnerischen Willenserklärung beweisen, d. h. klar legen, daß er ohne die Wahrheitsentstellung eine solche Erklärung nicht abgegeben, insbesondere daß er ohne sie überhaupt nicht oder wenigstens nicht so kontrahiert hätte. Doch die konsequente Befolgung dieses Satzes würde fast auf eine Rechtsverweigerung hinauslaufen. Der Käufer braucht nicht innere psychologische Vorgänge zu beweisen, er hat ein Recht darauf, als normal denkender Mensch behandelt zu werden, man muß es ihm ohne Beweis glauben, daß etwas, was für jeden anderen von erheblicher Bedeutung gewesen sein würde, auch für ihn nicht ohne Interesse gewesen ist. Wenn sich also ergibt, die Vorspiegelungen des Verkäufers sind derart, daß sie jeden denkenden Menschen in seinem Entschlusse beeinflußen mußten, dann ist es nur zu wahrscheinlich, daß sie auch dem Betrogenen gegenüber diese Wirkung gehabt haben. Ein diesbezüglicher Beweis darf nicht auferlegt werden. Anders allerdings wenn etwas vorgespiegelt wird, worauf man im allgemeinen im Verkehr kein Interesse zu legen pflegt. Dann muß natürlich der Käufer darlegen, daß dieser Umstand, wenn auch im allgemeinen nicht geeignet, den Entschluß eines normalen Menschen zu beeinflußen, ihm gegenüber aus besonderen Gründen diese Wirkung gehabt hat. Das ist im wesentlichen der in Literatur und Judikatur vertretene Standpunkt[1]). Es fragt sich nun ob diese aus dem Wesen der Sache folgende Ansicht ihre Stütze in den Quellen findet, oder ob diese im Widerspruch damit stehen. Beides ist nämlich behauptet worden, sodaß sich eine Prüfung der Quellen nicht erübrigt. Ich beginne mit den Stellen, die die herrschende Ansicht stützen sollen. l. 39 pr. D. 19,1 l. 4 § 4 D. 21, 1, l 8, l. 9 § 1 D. 4, 3. Im ersten Fragmente verkauft jemand einen Güterkomplex und fügt hinzu, er verkaufe quod intra terminos ipse possedit. Dem Käufer der das gesamte innerhalb der Grenzen liegende Land für Eigentum des Verkäufers hält, wird

---

[1]) Hanausek II, 189, 190 A 29 Mommsen S. 149. 50, 52 Kuhlenbeck 440, Koch II, 112, 113, Ihering 302, ·306, Ziegler 11, A. 19 scheinbar auch Köstlin 310, 311. Ebenso Sf. 34, 146; 36 2 u. 7.

die Existenz fremder Enklaven verschwiegen. Auf Grund dessen wird ihm eine actio gewährt, wie es heißt, ne alioquin emptor capiatur, qui fortasse si hoc cognovisset, vel empturus non esset vel minoris empturus esse, si certioratus de loco certo fuisset. Dieses Wort fortasse soll nun sagen, die bloße Möglichkeit, daß Käufer nicht oder nicht so kontrahiert hätte, hat für die Klage ex dolo zu genügen, ohne daß der Beweis des Kausalzusammenhanges nötig wäre.[1]) Daß eine solche Buchstabeninterpretation bedenklich ist, folgt schon daraus, daß dann der Käufer auch nicht zu beweisen brauchte, daß im allgemeinen unbedeutende Umstände für ihn ausnahmsweise von Interesse seien, denn die Möglichkeit, er hätte nicht oder anders den Vertrag abgeschlossen, bestände immer. Es wäre nicht abzusehen, wohin das praktisch führte. Einfacher ist es, den Satz mit fortasse als nähere Ausführung[2]) des vorangehenden Satzes aufzufassen. Dann kann man hierin weder ein Argument für die Verwerfung eines in allen Fällen gewiß nicht zu entbehrenden Beweises, noch auch umgekehrt die Aufstellung eines allgemeinen Erfordernisses desselben sehen. Das Fragment ist für unsere Frage belanglos. Als ähnlich farblos, weil nicht den Zweck verfolgend, sämtliche Voraussetzungen auch des Dolus aufzuzählen, scheiden l, 4, § 4 D. 21,1, l. 8, l. 9 pr. und § 1 D 4,3 l. 11 § 15,16 D. 19,1 aus. Wenn, um ein Beispiel herauszugreifen, in l. 8 D. 4,3 A von B C gegenüber als Solvent hingestellt und dann, im Falle C dem A kreditiert, B für einen Ausfall ersatzpflichtig gemacht wird, ohne daß geprüft wird, ob wirklich die falsche Empfehlung der Grund der Darlehnshingabe gewesen, so kann hieraus weder mit Ihering l. c. ein Beweis gegen, noch mit Ziegler l. c. ein solcher für die Notwendigkeit eines Beweises gesehen werden. Analoges gilt für die übrigen Fälle.

Ich muß also bekennen, die oben aufgestellte Ansicht findet zwar keine direkte Stütze in den Quellen nicht. Es bleibt mir noch die Prüfung, ob sie nicht sogar mit den Quellen im Widerspruch steht, wie dies einzelne aus l. 35 § 8 D. 18,1 herleiten[3]). Si quis in vendendo prädio confinem celavit, quem emptor, si audivisset, empturus non esset, teneri venditoren. Doch wo ist hier von einem Beweise die Rede! Der Relativsatz spricht nur die Tatsache aus, das Nichtvorhanden-

[1]) Ihering 303, 04.
[2]) Ziegler 12. übersetzt fortasse mit z. B.
[3]) Goldschmidt 76.

sein fremder Enklaven sei für den Käufer von großer Bedeutung, ohne damit behaupten zu wollen, er müsse dies besonders beweisen[1]).

Die Quellen unterstützen also meine Ansicht nicht gerade, geben aber keinen Anlaß, sie zu modifizieren.

§ 14.

Es ist sodann fraglich, ob dem dolus des Verkäufers gegenüber das schuldhafte Verhalten des Käufers in Betracht zu ziehen ist. Wenn dieses in einem dolus besteht, wenn also auf beiden Seiten arglistig gehandelt wurde[2]), dann entfällt jeder Anspruch. Wie nun aber bei lata culpa des Käufers? Ist diese dem Dolus gleichzustellen? Zwei Stellen sollen hierfür sprechen. L. 203 D. 50,17 und l. 43 § 1 D. 18,1.[3]) Jene, die Rechtsregel enthaltend, quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire, muß dem Dolus gegenüber versagen, weil sich sonst die den Stempel der Unrichtigkeit offen tragende Konsequenz ergibt, daß jede, also auch die levis culpa den Betrogenen um seine Rechte bringt. Ebensowenig stichhaltig ist l. 43 § 1 D. 18,1, wo ein blinder Sklave unter der Zusicherung völliger Gesundheit verkauft wird. Der Verkäufer hat diese nur abgesehen von der Blindheit betonen wollen, denn einen so in die Augen fallenden Mangel glaubte er übergehen zu können. Es fehlte ihm jegliche Spur von Arglist. Wenn aber der Käufer meint, ihm erwachse aus der Blindheit ein Gewährleistungsanspruch, so hat er sich getäuscht[4]) se ipse decipiebat. Hier mit Mommsen l. c. Arglist des Verkäufers anzunehmen und grobe Fahrlässigkeit des Käufers, weil er den Mangel nicht entdeckte, und darin den Grund für das Fehlen einer actio ex dolo zu sehen, ist gekünstelt, da die Stelle kein Wort vom dolus spricht. Nach den Quellen hat also selbst bei lata culpa der Dolusanspruch nicht zu entfallen. Vgl. noch l. 14 § 10 und l. 55 D. 21,1. Um so deutlicher ist dies noch in l. 1 § 2 D. 2,10,9 pr. D. 4,3, l. 23 D. 4,3 zu sehen. Hier werden Fälle behandelt, wo jemand nur durch größte Sorglosigkeit betrogen und trotzdem geschützt wurde, z. B. jemand, der durch eine vorgelogene

---

[1]) Ihering 306,07.

[2]) l. 4 § 13 D. 44, 4 l. 154 D. 50, 17 Ihering 275. Koch 120. Vgl. auch A. L. R. I, 5 § 357 Foerster I, 163.

[3]) Mommsen E. 151 B I 108 A. 12, 136, B II 258. Goldschmidt 72.

[4]) Ziegler 7, 8.

Schreckensnachricht sich leichtfertig zur Versäumung eines Termins bestimmen läßt. Auf die lata culpa wird hier garnicht Bezug genommen.

Neben den Quellen spricht der Klagegrund bei den Betrugsklagen für Irrelevanz der Entschuldbarkeit des Irrtums. Denn nicht der Irrtum als solcher begründet die Klage, sondern allein die Täuschung. Und diese wird durch ein gegnerisches Verschulden nicht alteriert. Sie bleibt genau so verwerflich, mag der Irrtum entschuldbar oder unentschuldbar sein, mag mit anderen Worten der Betrogene sich schwer oder leicht haben täuschen lassen, ja sie gewinnt im letzteren Falle noch an Verwerflichkeit, weil ein leichtsinniger, leichtgläubiger Mensch eines um so größeren Schutzes bedarf. Und dies sollte eine geringere Haftung, ja sogar einen völligen Ausschluß dieser rechtfertigen? Es steht daher die gesamte Rechtsprechung und Literatur [1]) fast einmütig auf dem Standpunkte, daß die Unentschuldbarkeit des Irrtums nicht noch dem Betrüger zu statten kommen dürfe. Aus der sehr zahlreichen Praxis greife ich einen Fall heraus. Es hat jemand ein lahmes Pferd unter arglistigem Verschweigen dieses Fehlers verkauft. Trotzdem der Käufer bei nur geringer Aufmerksamkeit dies hätte erkennen müssen, wird er doch gegen den Betrüger geschützt und die Vermeidbarkeit seines Irrtums für unwesentlich erklärt. Ich schließe diese Erörterung mit den Worten Iherings: S. 278 „Kann der Betrüger dem Betrogenen daraus einen Vorwurf machen, daß derselbe ihm Vertrauen geschenkt, ihn für einen ehrlichen Mann gehalten hat, während er ihn für einen Betrüger hätte halten sollen.“

§ 15.

Endlich bleibt mir noch übrig, ein häufig als Voraussetzung eines Anspruchs aus dem Betruge genanntes Moment, den Eintritt eines Vermögensschadens als unrichtig zurückzuweisen. Es ist schon oben nachzuweisen versucht, daß zum dolus keine Schädigungsabsicht auf Seiten des Verkäufers erforderlich ist. Als logische Folge hiervon, und aus den bereits genannten Motiven muß auch das Erfordernis einer eingetretenen Schädigung des Käufers als Bedingung für seinen

---

[1]) Vgl. Windscheid I, 402, Ihering 278, Unterholzener I, 254, 272. Hesse 243, Köstlin 341, Hanausek I, 85 A 8, Ziegler 9, Wächter W. P. II, 756 n. 3 A. M. Mommsen B I, 108 A 12 E 15! Goldschmidt 72. Vgl. auch B.G.B. für Sachsen § 683. Vgl. Sf. 13, 86, 18, 224, 19, 26 R O H.G. V. 323. XII, 424, 427, E 18, 224.

Anspruch entfallen[1]). Merkwürdigerweise hat das Reichsoberhandelsgericht sich auf den gegnerischen Standpunkt gestellt und vermögensrechtliche Benachteiligung verlangt, mit der Begründung, es werde der Getäuschte sonst kein Interesse an der Klageerhebung haben. Daß dies offenbar unrichtig ist und der Käufer sehr wohl trotz Fehlens eines vermögensrechtlichen Nachteils ein Interesse haben kann[2]), gegen den Verkäufer vorzugehen, liegt auf der Hand. Allerdings wenn er wie in unserem Falle nicht Rescission, sondern Ersatzansprüche geltend machen will, wird der Eintritt eines Vermögensschadens erforderlich sein.

§ 16.

Bevor ich mich im Einzelnen den Rechtsfolgen zuwende, welche im römischen und gemeinen Rechte aus der betrügerischen Verleitung zum Vertragsabschlusse resultieren, will ich in wenig Worten einen Blick auf die Geschichte werfen. Ich erinnere nur wie die Behandlung des dolus bei den negotia stricti iuris und bonae fidei eine grundverschiedene gewesen, wie der dolus bei jenen unberücksichtigt blieb, bei diesen dessen Berücksichtigung seit jeher zum officium iudicis[3]) gehörte wie später bei stricti iuris judicia die Aufnahme einer sogenannten Clausula doli, d. h. Abschluß einer besonderen Stipulation (dolum malum afuturum esse), durch eine aus ihr gewährte actio ex stipulatu ein Vorgehen gegen den Betrüger ermöglichte, und wie endlich diese Entwickelung in der Schaffung der subsidiären actio doli durch Aquilius Gallus ihren Abschluß fand. Die Entwickelung ging also nivellierend dahin, bei allen Geschäften den Betrogenen zu schützen, wenn auch die Form der Geltendmachung noch eine verschiedene war. Hier trat eine Aenderung erst im gemeinen Rechte dadurch ein, daß

---

[1]) So auch Mommsen S. 148, 52. Hanausek II, 190. A. M. Goldschmidt 79, R.O.H.G. V. 324.

[2]) Mommsen S. 157.

[3]) Cic. de nat. deor. III, 15, bezeichnet dieses alte Gewohnheitsrecht als ius quod sine lege venit. Vgl. Burchardi 283. Irrig ist die Annahme, dieser Grundsatz sei erst durch Schaffung der exceptio doli entstanden. Er war schon lange vorher, wenn auch nicht unter diesem Namen im Gebrauch. Dem steht die bei Cicero de off. III, 14 erwähnte Erzählung nicht entgegen, daß Canius, vor Einführung der actio doli beim Getreidehandel betrogen, kein Rechtsmittel hatte. Denn Cicero schreibt ja, Canius habe seine Forderung aus dem Kaufe in eine Litteral-Obligation verwandelt, also in eine stricti iuris obligatio, (nomina fecit), Schneider 321.

jeglicher Gegensatz von negotia stricti iuris und bonae fidei geschwunden war und jeder Vertrag als bonae fidei galt. Das Resultat war eine einheitliche Berücksichtigung des dolus auch in der Form. Hierüber sollen die folgenden Paragraphen handeln.

§ 17.

Bei der Erörterung der rechlichen Folgen der Arglist haben wir nur die bei Aufrechterhaltung des Vertrages möglichen Ersatzansprüche im Auge. Und es fragt sich zunächst, ob überhaupt der Betrogene beim Vertrage stehen bleiben oder der Betrüger Rescission erzwingen kann. In einem Falle ist dem Betrogenen unstreitig das Recht zu versagen, beim Vertrage stehen zu bleiben, nämlich wenn in dem Betrogenen ein wesentlicher Irrtum erregt wurde, weil dann nach Irrtumsgrundsätzen das Geschäft nichtig ist, ohne, selbst gegen den Willen des Betrogenen, da ein nichtiges Geschäft von niemanden aufrecht erhalten werden kann [1]). Doch hiervon abgesehen ist dem Betrogenen dieses Recht stets zu gewähren, und er nicht etwa auf Vertragsauflösung zu beschränken. Hierfür spricht einmal die Tatsache, daß in ältester Zeit das Geschäft unbestritten gültig, und nicht einmal bei bonae fidei contractus Rescission möglich war [2]), sondern der Betrogene auf die Ersatzklage beschränkt blieb, und daß, wenn die Rescission auch bald anerkannt wurde, doch nicht anzunehmen ist, daß ein Rechtsgrundsatz völlig in sein Gegenteil gekehrt, d. h. das jetzt nur noch ein Rescissionsrecht gewährt wurde. Sodann aber spricht die einfache Erwägung dagegen, daß der Anspruch auf Vertragsauflösung das maius gegenüber dem Anspruch auf bloßen Ersatz ist und es jeder Logik widerspricht jemandem das maius ohne das minus zu geben. Dieser Satz ist eigentlich so klar, daß er auch ohne in den Quellen ausdrücklich erwähnt zu sein, trotzdem unbedingt bindend sein müßte. Aber zum Ueberflußße ist er sogar quellenmäßig, heißt es doch in l. 13 § 27 D. 19,1, daß ex empto geklagt werden könne, „ut aut stetur emptioni aut discedatur.“ Es ist daher jeder Versuch diesen Satz irgend wie zu modifizieren und ihn dadurch illusorisch zu machen, daß man dem Betrüger, sei es stets, wie Ziegler 49,

---

[1]) Dernburg I, 235, Vangerow III, 273, Savigny III, 294.

[2]) Burchardi 321 (argumento ein Brief des Symmachus: Vos iuris et legum est, bonae fidei contractus non posse rescindi.)

sei es nur beim dolus incidens — wie Hellfeld[1]) — ein Rescissionsrecht gewährt, als unbegründet zurückzuweisen, ganz abgesehen davon, daß es Treu und Glauben ins Gesicht schlägt[2]), dem Betrüger aus seinem eigenen Betruge noch Rechte zu gewähren. Allerdings ist hier noch einer Ansicht Erwähnung zu tun, weil im Falle ihrer Richtigkeit dem Käufer das Recht, die Sache zu behalten, entfallen muß. Es hat sich nämlich in der frühesten gemeinrechtlichen Doctrin der Gegensatz vom dolus causam dans und incidens gebildet mit der Wirkung, daß man jenem die Fähigkeit beilegte, das Geschäft mit rückwirkender Kraft zu vernichten. Hiervon wäre natürlich die notwendige Konsequenz, in einem solchen Falle dem Käufer ein Recht, bei einem nichtigen Vertrage stehen zu bleiben, zu versagen. Aber man nahm eine eigenartige, einseitige Nichtigkeit an, auf welche sich nur der Betrogene berufen könnte, der aber auch ebenso gut das Geschäft aufrecht erhalten dürfte. Und nur wenn er jenes nicht wollte, sollte der Richter den Vertrag für nichtig erklären. Es würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen, diese längst aufgegebene Nullitätstheorie zu bekämpfen, und ich beschränke mich daher, auf die gegen diese Irrlehre von den neueren Pandektisten erwähnten Argumente zu verweisen, denen ich kein neues hinzuzufügen weiß[3]).

§ 18.

Nachdem nunmehr die Befugnis des Käufers die Sache zu behalten feststeht, handelt es sich um die weitere Frage nach dessen sonstigen Ansprüchen. Die herrschende Meinung will bezüglich dieser die alte Scheidung von dolus causam dans und incidens aufrecht

---

[1]) Zitat übernommen aus Koch II, 107 A 30.

[2]) Vgl. l. 1 § 1 D 44 4 (. . . necui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit.) Koch l. c. Arndts 453, 454. Glück IV 128, Regelsberger I, § 146, Sprenger 381 A 33, Mommsen S. 165 Bechmann II, 1, 302, Hanausek I, 162.

[3]) Vgl. Burchardi 323, Vangerow 278, Windscheid I, 404, Bechmann II, 1, 298, 99. Für die Nullitätstheorie werden geltend gemacht. l 16 § 1 D. 4, 4, l. 3 § 3 D. 17, 2, l, 7, pr. D. 4, 3, sodann die Analogie des Irrtums, die innere Begründnng des Satzes ex-ceptio doli bonae fidei iudiciis inest. Gegen sie spricht insbesondere die Anerkennung einer Novation der aus dem Vertrage entstehenden Forderung, die Unzulässigkeit einer rei vindicatio gegen den Drittbesitzer, und schließlich die Terminologie der Quellen, die von recsindere, amovere, redbobere . . . sprechen.

erhalten. Da dies jedoch nur für die hier nicht interessierende Rescission von Bedeutung ist, aber Schadenersatzansprüche in jedem Falle gewährt werden, so ist diese übrigens auch sonst unnötige und vor allem quellenwidrige Scheidung [1]) für unsere Arbeit bedeutunglos.

§ 19.

Um den Umfang dieser Ersatzansprüche zu bemessen, ist stets von der Arglist als Klagegrund auszugehen und als Ziel die Herstellung des Zustandes zu erstreben, wie er ohne den dolus bestanden hätte. Der Käufer kann sich insbesondere auf den Standpunkt stellen, er hätte zwar bei Kenntnis der wahren Sachlage wahrscheinlich überhaupt nicht kontrahiert, aber selbst wenn er dies getan, hätte er keineswegs den bedungenen Kaufpreis bewilligt. Er kann also, falls die Voraussetzungen einer Preisminderungsklage vorliegen stets diese der weitergehenden Rescissionsklage vorziehen [2]). Wie die Herabsetzungen des Kaufpreises aber erfolgt, darüber divergieren die Ansichten. Mommsen l. c. will hier die relative Berechnung der ädilitischen actio quanti minoris angewandt wissen. Richtiger Ansicht nach kommt diese aber erst ergänzend zur Anwendung, wenn nämlich die aus dem Wesen der Ersatzklage sich ergebende Berechnung im einzelnen Falle mangels Beweises nicht zum Ziele führt. Wie oben ausgeführt, soll der Betrogene durch den dolus keinen Schaden nehmen, er soll so stehen, wie er ohne die Arglist stände. Ohne diese hätte er aber — wie zu beweisen ist — einen bestimmten Kaufpreis bewilligt. Mit diesem hat der Verkäufer zufrieden zu sein. Allerdings ist Voraussetzung hiervon die Erbringung des Beweises, welchen Preis der Käufer bewilligt hätte, ein Beweis, der zwar sehr schwierig aber nicht aus-

---

[1]) Noch heute ist die herrschende Ansicht für diese Scheidung. a) Die subjektive Theorie legt den entscheidenden Wert darauf, ob der dolus Motiv des Vertragsabschlusses war. So Glück IV, 115 Wächter W. P. II, 758, Regelsberger I, 537, Ziegler 22. b) Die objektive Theorie sieht nur darauf, ob der dolus sich auf den Hauptgegenstand oder Modalitäten bezieht. So Mühlenbruch II, 275, Vangerow III, § 605, Seuffert II, 64. Ebenso die Praxis Sf. 2, 167, 18, 235, 31, 9, 36, 177, 43, 184 R.O.H.G. X 239. Die Hauptstütze ist l. 7 pr. D. 4, 3 mit l. 11 § 5 D. 19, 1 und l. 13 § 4 und vor allem l. 12 § 1 D. 23, 3. Gegen die herrschende Ansicht Noodt c III 14, Dernburg I, 245, A 11 Bechmann II, 1 302 Burchardi 331, 332, Kuhlenbeck I, 245.

[2]) Mommsen E. 163.

geschlossen ist. Man denke nur an den Fall, daß Käufer der Sache einen bestimmten Vorzug gar nicht beigelegt hatte, sondern sie ohne diesen kaufen wollte, mit dem Verkäufer bereits in Unterhandlung stand und eine Offerte unter Angabe eines bestimmten Preises machte, aber erst nachher durch die Vorspiegelungen des nichtvorhandenen Vorzuges sich zur Bewilligung eines höheren Kaufpreises bestimmen ließ. Wenn aber -- und das dürfte die Regel sein — sich nicht erweisen läßt, wieviel der Käufer bewilligt hätte, dann dürfte die relative verhältnismäßige Preisminderung wie sie Mommsen stets will, ihre Berechtigung haben [1]. Daß der Verkäufer nicht etwa einer Reduzierung des Preises mit der Begründung widersprechen darf, er hätte so billig nicht verkauft, ergibt sich aus der Analogie der actio quanti minoris, wo nicht einmal dem gutgläubigen Verkäufer dieses Recht zusteht [2] und auch aus der sich sonst ergebenden Konsequenz, daß durch diese Hintertür der Verkäufer stets auf Rescission dringen könnte, ein Recht, daß ihm unbedingt, wie oben ausgeführt, zu versagen ist.

§ 20.

Mit der Preisminderung allein wird aber der Käufer nicht immer so gestellt sein, wie er ohne die Täuschung stände. Es wäre ihm dann vielleicht noch ein anderer Schaden erspart geblieben, besonders ein bestimmter Gewinn nicht entgangen. Auf Ersatz alles dessen muß auch der behandelte Anspruch gehen, hat also einen weiteren Umfang als die ädilitische actio quanti minoris. Diese wohl unbestrittene Ansicht findet [3] auch ihre Stütze in den Quellen, besonders in l. 13 pr. D. 19,1. Hier beim Verkauf schadhafter Balken oder kranken Viehs wird die verschiedene Haftung des gut- und bösgläubigen Verkäufers behandelt. Jenen soll nur eine Preisminderungspflicht treffen, nämlich bis zu dem Betrage, den sein Kontrahent bei Kenntnis des vitium oder morbus gezahlt hätte, dieser soll noch für sonstige Schäden einstehen, wofür als Beispiel die Ansteckung des übrigen gesunden Viehbestandes und der Einsturz des aus den schadhaften Balken errichteten Gebäudes erwähnt wird. Zum Schlusse wird noch die Haftung des bösgläubigen Verkäufers in die Worte gekleidet:

---

[1] Hanausek I, 161.
[2] Mommsen E. 165 A 7.
[3] Mommsen E. 164, Cohnfeldt 175, 76, Raschke 76.

„Quod interfuit idonea venisse, erit praestandum." Diese Worte lassen sich nach dem ganzen Zusammenhange nicht auf die gehörige Beschaffenheit der Sache — so noch Mommsen B 1,198 A 8 — sondern auf das redliche Verhalten des Verkäufers beziehen (quanti interfuit, eius non decipi) und dieses Interesse hätte er selbst dann, wenn feststände, daß er auch bei Kenntnis der Wahrheit kontrahiert, nur eben unter Bewilligung eines geringeren Kaufpreises. Er hätte dann z. B. bei Kenntnis der Schadhaftigkeit der Balken diese zu einem anderen Zwecke als zum Hausbau[1]) verwendet und wäre so vor Schaden bewahrt geblieben. Möglicherweise hätte er nicht nur keinen Schaden, sondern ohne die Täuschung sogar einen Gewinn gemacht. Er würde nämlich, wenn der Verkäufer ihn nicht durch die falschen Vorspiegelungen zum Vertrage angelockt hätte, für den gleichen Preis von einem Dritten eine Sache von ungleich höherem Werte habe kaufen können, möglicherweise sogar eine Sache mit den vom Verkäufer fälschlich angegebenen Vorzügen und Eigenschaften[2]). Es würde ihm in diesem Falle also das volle positive Interesse zufallen, d. h. diejenige Vermögensvermehrung, die ihm eine Sache mit solchen Eigenschaften gebracht hätte.

§ 21.

Ob nun dieses positive Interesse dem Käufer stets auch ohne Erbringung dieses höchst schwierigen Beweises zusteht, soll jetzt geprüft werden. Zunächst läßt sich dies ohne weiteres aus dem Wesen der Klage nicht erklären. Denn wenn auch bei Kenntnis der Wahrheit der Käufer vielleicht weniger gezahlt hätte, so ist doch sicherlich der dolus nicht schuld daran, daß er eine Sache mit dem vom Verkäufer angerühmten Vorzügen nicht erlangen kann. Der Charakter unserer als auf Abänderung der Vertragsbestimmungen gerichteten Klage spricht sogar gegen die Gewährung eines Erfüllungsinteresses, und die oben gestellte Frage wäre einfach zu verneinen, wenn nicht die Quellen uns zur Anerkennung der gegenteiligen Ansicht zwängen.

§ 22.

L. 57 § 1 u. 2 D. 18,1, l. 30 § 1 D. 19,1 l. 74 § 3 D. 21,2 sind d afür schlagende Argumente. Das erste Fragment lautet: Sin autem

[1]) Raschke 76.
[2]) Mommsen E. 167 A 2.

venditor quidem sciebat, domum esse exustam, emptor autem ignorabat, nullam venditionem stare, si tota domus ante venditionem exusta sit. Si vero quantacumque pars aedificii remaneat, et stare venditionem et venditorem emptori quod interest restituere. Es wird hier beim wissentlichen Verkauf eines abgebrannten Grundstücks an einen ahnungslosen Käufer geschieden, ob dieses völlig eingeäschert ist oder nicht, und dort der Vertrag als nichtig behandelt, hier als gültig, aber unter Anerkennung einer den Verkäufer treffenden Ersatzpflicht, die auf das „emptori quod interest restituere" gerichtet ist. Ist hierunter das negative oder das Erfüllungsinteresse zu verstehen, d. h. das Interesse, das er an der Lieferung eines völlig unversehrten Hauses hat? Nimmt man jenes an, so bliebe die Gegenüberstellung dieser beiden Fälle unverständlich, weil das negative Interesse unbestritten dem Käufer auch im ersten Falle, dem der Nichtigkeit, zu gewähren ist. Es bleibt nur die Möglichkeit übrig, dieses als Erfüllungsinteresse zu verstehen[1]).

Der zweite Paragraph des nämlichen Fragmentes behandelt anschließend den umgekehrten Fall, daß der Käufer den Brand kennt, und legt ihm die Pflicht auf, trotzdem er nur einen Teil des Vertragsgegenstandes, des Hauses, erhält, dennoch den ganzen Kaufpreis zu bezahlen. Hier ist also offen ausgesprochen, der Verkäufer solle so stehen, als wäre der Vertrag, ganz so wie er ihn gewollt, zustande gekommen. Und da diese Entscheidung sich an den vorherigen Fall mit den Worten „simili quoque modo" anschließt, so liegt darin der beste Beweis, daß auch dort der Käufer so gestellt sein soll, wie wenn der Vertrag ihm das, was er sich vorgestellt, gebracht, also daß ihm ein Anspruch auf das Erfüllungsinteresse zu gewähren ist.

Ein weiteres Beispiel ist 1.30 § 1. D. 19,1: si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris, etiam priusquam evincatur, utiliter me ex empto acturum putavit in id, quanti mea intersit meam esse factam. Der dolus besteht hier im Verschweigen des mangelnden Eigentums des Verkäufers und berechtigt auch vor eintretender Eviction den Käufer zu verlangen, so gestellt zu werden, wie wenn ihm der Vertrag das, was er von ihm erhofft, auch gebracht hätte, nämlich das Eigentum an der Kaufsache. Das „quanti mea intersit meam esse factam" ist eben das Erfüllungsinteresse.

[1]) Mommsen E. 168, B I 167, Hanausek I, 54, Windscheid Wille 29 Ziegler 62, 63.

§ 23.

Wir sehen also, die Quellen kennen unbedingt bei der Klage aus dem dolus einen Anspruch auf das positive Interesse[1]). Nun ließe sich allerdings einwenden, diese sämtlichen Stellen, die nur von einem arglistigen Verschweigen handeln, seien auf diesen Fall zu beschränken und nicht auf den dolus, begangen durch positive falsche Angaben, auszudehnen. Doch ist eine solche Scheidung dem römischen Rechte sicherlich unbekannt, des zum Beweise ich einen Quellenbeleg sowie den inneren Grund der Gewährung des Erfüllungsinteresses anführen möchte. Zunächst spricht l. 74 § 3 D. 21, 2 schlechtweg vom dolus, woraus der Schluß sich rechtfertigt, daß hier jeder, also auch der durch falsche positive Angaben begangene dolus gemeint ist. Und daß diese Stelle vom positiven Interesse handelt, folgt daraus, daß im allgemeinen beim Verkauf einer Forderung der Verkäufer nur für Verität einzustehen hat, im Falle des dolus aber eine erweiterte Haftung eintreten soll. Welche dies ist, wird zwar verschwiegen, aber nach dem ganzen Sinn der Stelle kann nur die Haftung für Bonität gemeint sein, also das Erfüllungsinteresse. Sodann trifft die innere Begründung für die Gewährung des Erfüllungsinteresses überhaupt[2]), die ich mit Windscheid in dem Rechte „den Lügenden an seinem Worte festzuhalten" oder mit Hartmann[3]) „in der Reaktion des ethischen Elementes im Rechte" sehen möchte[4]) beim dolus begangen durch positive falsche Angaben ebenso wie begangen durch Verschweigen zu. So ist in einem in Sf. 29,16 abgedruckten Urteile mit Recht ausgeführt, daß es zu verwerfen sei zwischen Arglist zu scheiden, die im wissentlichen Verschweigen von Fehlern der Ware besteht, für die man schon ex lege einsteht, und der Arglist, die durch Zusagen von Vorzügen begangen ist, deren Fehlen der Verkäufer bei Abgabe der Willenserklärung kannte.

Es steht also nichts im Wege, die Schadensersatzklage einzig und allein auf den dolus zu stützen. Daß bezüglich der Berechnung das

---

[1]) Mommsen B. I 201, Hanausek, Ziegler, Mommsen E. l. c. A. M. Klein 24.

[2]) Ziegler 62, Mommsen E. 167.

[3]) Wille 29.

[4]) Obligation 184.

iuramentum in litem eine große Rolle spielte, sei der Vollständigkeit halber erwähnt.[1])

§ 24.

Hatten wir bisher den Inhalt der aus dem dolus in contrahendo folgenden Ansprüche gewürdigt, so haben wir uns jetzt der Frage nach der Form der Geltendmachung zuzuwenden. Und da der dolus in contrahendo einmal der bona fides innerhalb des zwischen den Parteien bestehenden Schuldverhältnisses widerspricht, sodann aber auch abgesehen davon ein Delikt darstellt, so ist er auch nach diesen beiden Gesichtspunkten hin für das Recht bedeutungsvoll, insofern diesen verschiedenen Momenten verschiedene Klagen entsprechen, dort die actio bonae fidei aus dem Vertrage, (actio empti), hier die actio doli. Es fragt sich nur, ob beide nebeneinander bestehen können, oder ob eine weichen muß, und welche dann.

§ 25.

Zunächst steht die Geltung der actio empti fest, da ja wie oben erwähnt, die actio empti das erste Mittel war, den dolus des Verkäufers zu berücksichtigen. „Quid quid dare facere oporteret ex fide bona“ hieß es in der Formel, und auf das „emptori dammum praestare oportere“ ging die sententia des iudex. Ob hiermit auch Rescission verlangt werden könne, ist zwar nicht unbestritten — Pernice l. c. leugnet es, anders die herrschende Ansicht — aber für die uns hier allein interessierende Schadensersatzklage bei Aufrechterhaltung des Vertrages steht die Anwendbarkeit der actio empti fest. Auch l. 37 D. 4,3 spricht nicht dagegen. Nachdem hier der bloßen Anpreisung der Charakter eines vebindlichen Dictum genommen ist, wird hervorgehoben, daß beim Vorliegen der Täuschungsabsicht des Verkäufers dieser wenn auch nicht mit der Klage aus dem Dictum (actio adversus dictum promissum) so doch mit der actio de dolo in Anspruch genommen werden kann. Dies ist natürlich nicht auf die deliktische actio doli zu beziehen, sondern auf die im dolus ihren Klagegrund habende actio empti, im Gegensatz zu der aus dem Gesichtspunkte des Dictum gewährten Kontraktsklage, wie ja oft die

---

[1]) Unterholzener II, 76.

Worte agere cum aliquo de dolo in diesem Sinne in den Quellen sich finden[1])

§ 26.

Neben dieser actio empti, deren Geltung als feststehend zu bezeichnen ist, muß im römischen Rechte die actio doli ihrer Subsidiarität wegen entfallen. Es tauchte nun im gemeinen Rechte bald die Streitfrage auf, ob diese Deliktsklage ihre Subsidiarität noch beibehalten habe. Diese hängt von der Beantwortung der Vorfrage nach dem inneren Grunde der subsidiären Anwendung der actio doli im römischen Rechte ab, insofern bei Wegfall dieses Grundes auch eine durch ihn bedingte Eigenart dieser Klage schwinden mußte, während sonst nichts die Einbuße einer historischen Besonderheit rechtfertigen könnte. Die Streitfrage läßt sich daher besser dahin formulieren: Worin liegt im römischen Rechte der Grund für die Subsidiarität der actio doli? Als der Prätor Aquilius Gallus diese Klage eingeführt hatte, deren Geltungsgebiet ausdrücklich im Edikt — vgl. l. 1 § 1 D 4,3 — nur für den Fall proponiert war, si de his rebus alia actio non erit, war von Anfang an mit ihr Infamie als Folge der Verurteilung verbunden. Diese Wechselwirkung, Subsidiarität und Infamie und ihr inneres gegenseitiges Verhältnis verwischte sich bald derart, daß schon im römischen Rechte einzelne Juristen einfach in der Infamie den Grund für die Subsidiarität sahen, wie dies aus l. 1 § 4 D. 4,3 hervorgeht, wo Ulpian nach Statuierung der Subsidiarität fortfährt: „Quoniam famosa actio non temere debuit a praetore decerni, si sit civilis vel honoraria, qua possit experiri. Es ist vielfach versucht worden, in diesen Satz einen Sinn hinein zu interpretieren, der in ihm nicht steckt. Ulpian habe nicht den Grund für die Subsidiarität nennen, sondern es nur als zweckmäßig hinstellen wollen, daß ein so zweischneidiges Rechtsmittel aus welchem Grunde auch immer subsidiär sei. Das Gekünstelte einer solcher Interpretation ist nicht zu verkennen, und es kann nicht geleugnet werden, daß Ulpian tatsächlich die Infamie als Grund für die Subsidiarität bezeichnet hat. Doch die Ansicht des römischen Juristen ist für uns nicht bindend, weil sie offenbar auf einem Irrtum beruht. Denn sonst ist es unverständlich,

[1]) Glück XX, 32 A 99. Richelmann 131, Schneider 348, 349, Ziegler 36 A 63, Pernicé II, 1 177 A 3. Eigenartig Bechmann II, 1, 300.

weshalb die Ediktsworte — l. 1 § 1 D. 4,3 — nichts von der Infamie erwähnen, und weshalb vor allem nicht stets eine infamierende actio subsidiär sei — man denke an die infamierende aber primäre actio furti — der Grund für die Subsidiarität der actio doli muß also wo anders gesucht werden. Und hier wird nun auf die richtige Fährte die Erwägung führen, daß die actio doli ein vom Prätor geschaffenes Rechtsmittel sei und dieser bekanntlich nur die Lücken des Zivilrechts auszufüllen hatte. Jede Klage, die der Prätor damals schuf, mußte subsidiär sein. So auch die neu eingeführte actio doli [1]).

Nur die logische Folge hiervon ist es anzuerkennen, daß die actio doli auch im gemeinen Recht ihre Subsidiarität beibehalten hat, einfach weil nichts deren Wegfall rechtfertigt, während die Anhänger der Gegenmeinung, die in der Infamie den Grund sehen, mit der unbestrittenen Nichtexistenz dieser auch den Wegfall der Subsidiarität und somit Konkurrenz der actio doli mit der Kontraktsklage annehmen müssen. Die Judikatur hat sich — wenn wir von einem Falle absehen Sf. 19, 142 — konstant der herrschenden Meinung im wesentlichen mit der oben genannten Begründung angeschlossen [2]).

§ 27.

Ich resümiere also fürs gemeine Recht. Der Käufer, der vom Verkäufer durch wissentlich unwahre, bei den Vorverhandlungen gemachte, nicht Vertragsbestandteil gewordene Zusagen zum Vertragsabschlusse bestimmt wurde, kann die ädilitische quanti minoris oder die actio empti auf Preisminderung sowohl wie auf das Erfüllungsinteresse anstrengen, und hierbei sich auf die Zusage allein, oder den dolus allein stützen.

§ 28.

Einer eingehenderen Behandlung unseres Themas nach ältestem deutschen Privatrechte steht hindernd die Tatsache im Wege, daß bei dem im allgemeinen wenig entwickelten Obligationenrechte wir sowohl von den Rechtsfolgen der Gewährleistungspflicht wie des dolus wenig

[1]) So Glück V 516, Schneider 328, 32 Arndts § 334, Dernburg II 370 A. 6, Koch II, 114, Unterholzener II, 76, Sintenis II, § 124 A 9 A. M. die älteren bei Glück V. 528 A 42 Zit. ebenso Savigny VII, 119, Wächter P. II, 497, Haenel 416, Windscheid II, § 451 A 10.

[2]) Sf. 21, 29, 27, 42, 44, 410 E 23 N 30.

unterrichtet sind. Wenn man auch ein Einstehen für vorbedungene Vorzüge kennt[1]), so ist doch eine Haftung für bloße Dicta nirgends erwähnt und vielleicht mit Rücksicht auf die überhaupt wenig ausgebildete Gewährleistung[2]) eine solche zu leugnen. Ebensowenig wissen wir vom dolus in contrahendo, und es dürfte den Tatsachen entsprechen, wenn man die Irrelevanz eines solchen ähnlich wie im ältesten römischen Rechte bei negotia stricti iuris annimmt.

§ 29.

Wir können uns deshalb gleich zu den neueren Partikularrechten wenden, und hier zunächst ans Allgemeine Landrecht. Dieses hat im § 325 A.L.R. I,5 nur eine Haftung für ausdrücklich vorbedungene Eigenschaften anerkannt und damit vor allem die Haftung aus bloß genannten aber nicht vorbedungenen Eigenschaften beseitigt. Eine Zusage muß hiernach also, um bindend zu sein, in den Vertrag aufgenommen werden, während eine bloß bei den Vorverhandlungen erfolgte, außerhalb des Vertrages stehende Zusage aus § 325 nicht zu berücksichtigen ist. Nun ist es aber möglich, ohne weiteres bei einem mündlichen Vertrage in jeder Angabe über Eigenschaften etwas vertragsmäßiges, eine Nebenabrede, zu sehen, weil man sich z. B. zu der Erklärung des Verkäufers eine stillschweigende Acceptation des Käufers denken kann. Wenn aber für den Vertrag eine Form vorgeschrieben ist, so gilt nur was in der Urkunde steht[3]). Mündliche Nebenabreden sind unverbindlich. Vgl. A.L.R. I,5 § 127.

Aber in einer solchen Angabe kann eine arglistige Täuschung liegen, wenn die sonstigen dem des gemeinen Rechtes völlig analogen Voraussetzungen gegeben sind[4]). Die Rechtsfolgen des dolus sind gleichfalls bindend geregelt, ein Streit hierüber ausgeschlossen. Denn während § 349 A.L.R. I,5 dem Betrogenen das Recht gibt, vom Vertrage abzugehen, fährt § 350 fort: „Er kann aber auch beim Vertrage stehen bleiben, und nur den Ersatz des durch den Betrug ihm verursachten Schadens fordern.“ Dieser wird in § 351 als Vergütung des ganzen Interesses bezeichnet und zwecks dessen Berechnung auf § 286,87 verwiesen, wo das Interesse definiert wird,

[1]) Heise u. Cropp 162 f. 167.
[2]) Bluntschli 335.
[3]) Foerster I, 501, Koch II, § 130, R.O.H.G. Bd. IV 160, Bd. 21 S. 117.
[4]) Foerster I, 163, Dernburg I, § 110 A 4 u. 5, Gruchot 33, 926.

als „aller Nachteil, welcher für jemanden daraus entstanden ist, daß der andere seinen Pflichten gegen ihn nicht nachgekommen.“ (§ 287, will auch den entgangenen Gewinn berücksichtigt wissen.) Diese Worte zeigen deutlich, daß hier von dem Erfüllungsinteresse die Rede ist und ein solches dem Betrogenen zusteht. Ob dieser ohne den Betrug[1]) anders oder überhaupt nicht kontrahiert hätte, ist für den Ersatzanspruch bedeutungslos.

§ 30.

Aehnlich ist der Käufer im französischen Recht gestellt. Auch hier entfällt eine Haftung für bloße Dicta, und zwar weil wegen des Fehlens besonderer Bestimmungen nur die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung kommen und diese eine Haftung nur wegen Nichterfüllung vertraglich übernommener Pflichten[2]), nicht einseitiger Angaben kennen. Diese vermögen also als solche eine Verbindlichkeit nicht zu erzeugen, haben sie aber den Käufer geschädigt, dann tritt nach den allgemeinen Prinzipien des Art. 1382 eine Schadensersatzpflicht ein, die allerdings nur auf das Interesse, nicht getäuscht worden zu sein, nicht auf das positive Interesse geht.

§ 31.

Auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für Sachsen von 1863 ergeben sich diese Resultate. § 893 kennt nur eine Haftung für versprochene Eigenschaften. Und nach § 826 sind mündlich versprochene Eigenschaften neben einer Vertragsurkunde nichtig. Liegt aber in nichtvertragsmäßigen Zusagen ein Betrug, dann steht dem Betrogenen stets eine Schadensersatzklage zu, selbst dann, wenn der Vertrag anfechtbar ist, aber nicht angefochten, sondern vom Betrogenen aufrecht erhalten wird[3]). Da für diesen Schadensersatzanspruch aber das Prinzip der Naturalrestitution gilt, (§ 637,) so ist hiermit die Erlangung des positiven Interesses nicht möglich, sondern nur eine Preisminderung, wofür der Beweis allerdings erst bei der Besprechung des geltenden Rechtes erbracht werden soll, da dieses vom gleichen Grundsatze ausgeht.

---

[1]) A.L.R. I, 5 § 359, Sprenger 385 A. 36, Koch II, 102.

[2]) Cod. civ. 1625 f. 1146 f. Crome 490 E. 12, 352.

[3]) § 833, 851.

§ 32.

Einen anderen Standpunkt nimmt das österreichische Recht ein. Es stellt im B.G.B. § 923 der Haftung wegen bedungener Eigenschaften gleich die Haftung wegen fälschlichen Vorgebens, „daß die Sache zu einem bestimmten Gebrauch tauglich sei.“ Hierunter fällt natürlich auch das bloße Dictum[1]), und zwar soll der Verkäufer, „wenn das Widerspiel hervorkommt“, dafür haften, und zwar nach allgemeinen Grundsätzen (§ 919 f.) wegen Nichterfüllung.

Daß der Betrogene das Recht hat, beim Vertrage stehen zu bleiben, ergibt sich implicite aus § 871, wonach nur „für den irre Geführten keine Verbindlichkeit“ entsteht, also nur er, nicht der Betrüger das Recht hat, den Vertrag als ungültig zu behandeln[2]). Nach § 874 muß dann „in jedem Falle derjenige, welcher einen Vertrag durch List bewirkt hat, für die nachteiligen Folgen Genugtuung leisten.“ Zweck Berechnung dieser ist von der in 1323 aufgestellten Naturalrestitution auszugehen, daher auch hier auf das geltende Recht zu verweisen.

§ 33.

Auch im geltenden Rechte betrachte ich zunächst den Gesichtspunkt der nicht vertragsmäßigen Zusage, um zu prüfen, ob sie als solche überhaupt ohne Berücksichtigung des dolus eine Verbindlichkeit erzeugt. Fällt jede Angabe des Verkäufers über Eigenschaften der Kaufsache unter die Zusicherung im Sinne von 459, II und bringt sie die Rechtswirkung der §§ 462 und 463 hervor? Beim Abschluß eines Kaufvertrages sind überhaupt drei Arten von Zusagen möglich. Entweder der Verkäufer übernimmt ausdrücklich durch Vertrag die Garantie für das Vorhandensein gewisser Eigenschaften, oder es kommt zwischen beiden Kontrahenten nur eine stillschweigende Willenseinigung darüber zustande, oder diese fehlt, es liegt eine einseitige Erklärung des Verkäufers vor. Daß etwa 459, II den an erster Stelle erwähnten ausdrücklichen Garantieübernahmevertrag im Auge hat, wird einstimmig abgelehnt[3]). Es kommen nur die beiden

---

[1]) Zeiller 3. Bd. 1. Abt. S. 123 ad. § 923 n. 4.

[2]) Zeiller ad. § 871 N. 3.

[3]) Staub 1616, Crome 334, Jur. Woch. 03 B. 43. So auch schon für das A.L.R. R.O.H.G. IV 160, XXI, 195.

anderen Möglichkeiten in Betracht, und es fragt sich, ob das Gesetz die Rechtsfolgen des § 463 nur an eine Vertragsbestandteil gewordene oder auch außerhalb des Kontraktes stehende Zusage knüpfen will. Wenn der Vertrag nicht einer besonderen Form bedarf, so ist ein Auseinanderhalten dieser Fälle kaum denkbar, und es ist schwer zu sagen, ob der Verkäufer, das, was er gesprochen, in dem Vertrage oder außerhalb desselben gesprochen hat[1]). Man wird dann bei einem mündlichen Vertrage ohne weiteres in einer bloßen Angabe ein Einstehen für das Vorhandensein der Eigenschaften sehen können. Wenn aber für den Vertrag eine bestimmte Form vorgeschrieben ist, dann ist sie auch für sämtliche Vertragsbestandteile erforderlich, da alles, was nicht in der Urkunde steht, nicht zum Vertrage gehört. Nur für diesen Fall zeigt sich die praktische Bedeutung der Frage, ob ein bloßes nicht vertragliches Dictum unter § 495, II fällt.

Die Terminologie des Gesetzes gibt uns darauf keine Antwort, da dieses nur kurz von „zugesicherten Eigenschaften" spricht, ohne anzugeben, ob es darunter eine einfache oder vertragliche Zusicherung versteht. Ja, nach dem Sprachgebrauche müßte man sogar für eine extensive Interpretation sein. Es fragt sich aber, ob nicht irgend ein Grund eine solche Auslegung ausnahmsweise verbietet. Im gemeinen Recht war die actio empti auch bei einfachen nicht vertragsmäßigen Dicta anerkannt. Ob dies aber sich vom Standpunkte des Gesetzgebers aus rechtfertigen ließ, war mehr als fraglich, und es war daher wohl zu verstehen, wenn die neueren Kodifikationen einer solchen Ausdehnung abhold einen Anspruch auf das positive Interesse nur bei solchen Zusagen gewährten, die Vertragsbestandteil geworden waren, so daß preußische, sächsische und französische Recht. Hat sich nun unser geltendes Recht auch auf diesen Standpunkt stellen wollen? Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes spricht schon dafür. So wird in den Motiven die Zusicherung[2]) einer Eigenschaft aufgefaßt „als die Uebernahme einer Garantie für das Vorhandensein dieser Eigenschaft, und das Versprechen, für alle Folgen einstehen zu wollen, wenn die Eigenschaft fehlte." Die Motive beschränken also offenbar den Begriff der zugesicherten Eigenschaft auf die Vertragsbestandteil gewordenen Zusagen und zeigen dadurch

---

[1]) Crome l. c.

[2]) Bd. II, S. 228.

deutlich, wie das B.G.B. nur einen Nachklang des A.L.R. bildet und unter 459, I nur eine vertragsmäßige Zusicherung verstanden wissen will. Dies ist die in Literatur und Rechtsprechung durchaus herrschende Ansicht.

Nun verweisen allerdings die Gegner dieser Ansicht, insbesondere Matthiessen auf die Beratungen der zweiten Kommission [1]) und glauben, dadurch zu einem anderen Resultate kommen zu müssen. Ob mit, ob ohne Recht, soll das Folgende zeigen. 1899 war der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches veröffentlicht, und bald wurden Stimmen laut, welche die Vorschriften über die Gewährleistung einer eingehenden Kritik unterzogen und mit Abänderungsvorschlägen in die Oeffentlichkeit hervortraten, so vor allem Crome mit seiner Abhandlung „die Gewährleistung wegen Abwesenheit vorausgesetzter Vorzüge der veräußerten Sache" im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 78 S. 123 ff. Er wendet sich hierin insbesondere „gegen die unterschiedslose Behandlung" der dicta und promissa im Entwurf" und macht den Vorschlag, die althergebrachte Scheidung beizubehalten — d. h. seiner Ansicht nach, hier ist die entgegengesetzte Meinung vertreten worden, vgl. oben S. 14 ff., — also nach wie vor zwischen versprochenen und angegebenen Eigenschaften zu scheiden und beim Fehlen dieser den Käufer auf das Wandlungs- und Minderungsrecht zu beschränken, ihn aber auf das Erfüllungsinteresse nur dann haften zu lassen, wenn er „eine bestimmte Eigenschaft der Sache garantiert oder durch einen anderen gleichlautenden Ausdruck versprochen hat, für dieselben aufzukommen [2]). Cromes Artikel verfehlte nicht seinen Zweck. In der zweiten Kommission stellte man einen mit den eben entwickelten Grundsätzen in Einklang stehenden Antrag [3]). Dieser wurde aber von der Majorität zurückgewiesen, weil diese der Meinung gewesen, es sei zu schwer, mitunter kaum möglich, zu scheiden, ob der Verkäufer durch seine sich auf das Kaufobjekt beziehenden Worte eine Eigenschaft desselben haben versprechen, garantieren oder nur angeben wollen, und daß es Treu und Glauben entspreche, den Verkäufer für alle seine Worte in gleicher Weise einstehen zu lassen. Soweit die historischen Tatsachen. Und nun wollen wir sehen, was

[1]) Matthiessen l. c. S. 61.

[2]) cf. Crome a. a. O.

[3]) Protokolle I. 687.

sie auf den ersten Blick zu beweisen scheinen, und dann, was sie wirklich beweisen. Sie scheinen darzutun, — und sollen dies auch nach Ansicht der Gegner des oben entwickelten Standpunktes — daß durch Abweisung des in der zweiten Kommission gestellten Antrages in Verbindung mit den beibehaltenen jetzigen §§ 459, 463 B.G.B. die dicta und promissa gleichgestellt seien und damit auch vertragsmäßige und nicht vertragsmäßige Zusagen gleiche Rechtsfolgen hätten[1]. Doch diese Schlußfolgerung ist nicht streng logisch, da sich der Gegensatz von dictum und promissum nicht mit dem Gegensatze von vertraglicher und nicht vertraglicher Zusicherung deckt. Ein dictum kann vertragsmäßig sein, ein promissum außerhalb des Vertrages stehen. Wie bereits hervorgehoben ist, läßt sich dies bei einem mündlichen Kaufvertrage nicht erkennen, wohl aber bei einem schriftlichen. Z. B. der Verkäufer übernimmt ausdrücklich die Haftung für das Vorhandensein gewisser Eigenschaften, ohne daß dies die Urkunde erwähnt. Hier haben wir es mit einem nicht Bestandteil des Kaufvertrages gewordenen promissum zu tun. Oder in der Urkunde wird gelegentlich der Kaufsache ein eine bestimmte Eigenschaft kennzeichnendes Adjektivum beigefügt. z. B. das zu verkaufende Grundstück wird einmal als „bebaubar“ bezeichnet, ohne daß der Käufer danach gefragt oder der Verkäufer dies hervorgehoben hätte. Dann liegt ein zwar einfaches, aber Vertragsbestandteil gewordenes dictum vor.

Wir sehen also, aus der Gleichstellung von dictum und promissum folgt nicht ohne weiteres eine Gleichstellung aller in oder neben dem Vertrage abgegebenen Erklärungen des Verkäufers. Wenn die Mehrheit der zweiten Kommission den oben besprochenen Antrag abgelehnt hat, so wollte sie damit nur sagen, auf die Art und Weise, wie der Verkäufer über Eigenschaften der Kaufsache spreche, d. h. auf die dabei gewählten Worte komme es rechtlich nicht an. Mehr wollte sie damit nicht sagen, und mehr hat sie auch nicht gesagt[2].

Und daher ist die Frage, ob der in § 463 genannte Anspruch sich nur auf Vertragsbestandteil gewordene Zusicherungen gründe,

---

[1]) Vgl. Matthiessen S. 61. „Der Begriff der Zusicherung ist möglichst weitgehend aufzufassen“

[2]) Unrichtig ist es daher, wenn Oertmann S. 182 noch zwischen „angegebenen und zugesicherten, garantierten Eigenschaften scheidet.“

aus der Natur des Anspruches zu beantworten, zumal uns auch der Wortlaut dieses Paragraphen darauf keine Antwort gibt. Unbestritten ist der Anspruch auf das Erfüllungsinteresse nach § 463 ein vertraglicher, er entnimmt seine Kraft dem Vertrage, aber auch nur diesem. Und wie wollte man es erklären, daß plötzlich sich ein solcher Vertragsanspruch auf etwas außerhalb des Vertrages liegendes stützen sollte! Man wende nicht ein, daß auch die actio empti im römischen Recht trotz ihrer Natur als Vertragsklage aus einer bei den Vorverhandlungen gemachten, in den Vertrag aber nicht aufgenommenen Zusage gewährt wurde, und daß das, was dort recht gewesen, auch bei der Klage aus § 463 billig sei. Denn die Römer kannten nur actiones, deren jeder sie ihr abgegrenztes Feld zwar zuwiesen, bei denen es aber keine Seltenheit war, daß eine actio auch für zwei materiell ganz verschiedenartige Ansprüche gewährt würde [1]. So z. B. die Klage aus dem Vertrage, trotzdem kein gültiger Vertrag vorlag. Und so auch die actio empti auf Grund von Ereignissen, die vor dem Vertrage oder außerhalb desselben lagen. Was für Rom galt, gilt aber nicht ohne weiteres auch für uns. Denn wir haben kein System von Klagen mit genau fixiertem Geltungsgebiete, sondern nur ein System von Ansprüchen, nämlich Ansprüche aus einem Vertrage, einem Delikte oder einem sonstigen gesetzlich zum Ersatz verpflichtenden Ereignis. Und wenn etwas nicht Vertrag ist, so kann daraus ohne weiteres kein Vertragsanspruch entspringen. Mindestens wäre hierzu eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift nötig, eine solche ist aber nicht ergangen. Wer etwa einwenden sollte, die Gesetzgeber hätten dies aber dem römischen Recht entsprechend gewollt, dem ist zu erwidern, um mit Matthiessen zu sprechen: „Gesetz ist nicht, was der Gesetzgeber will, sondern was er will und sagt [2].

Hiernach muß eine bei den Vorverhandlungen gemachte Zusage beim Abschluß des Vertrages in diesen aufgenommen sein [3]. Ist für den Vertrag eine bestimmte Form vorgeschrieben, so erstreckt sich die Notwendigkeit dieser auch auf alle Vertragsbestandteile, mithin

---

1) Vgl. Iherings Jahrbücher Bd. 4, S. 1 ff.

2) Matthiessen a. a. O. l. c. S. 6. A. M. in diesen Grundfragen R. Schott Gewähren des Rechtsschutzes in Röm. Zivilproz. bes S. 136 ff. Röm. Zivilprozeß u. moderne Prozeßwissenschaft S. 77 ff.

3) Planck II, 363.

auch auf die Zusicherung. Insbesondere hängt bei einem Grundstücksverkaufe die Gültigkeit der Zusicherung von der Aufnahme derselben in die notarielle Urkunde ab. Jede Rücksicht auf Treu und Glauben, die es vielleicht als unbillig erscheinen lassen kann, außerhalb der Urkunde bleibenden Angaben dem Rechtsbewußtsein des Volkes entgegen die verbindliche Kraft zu versagen [1], jede solche Rücksicht muß Formvorschriften gegenüber verstummen. Anderer Meinung ist nur Matthiessen, — Jur. Woch. 08. S. 60 f. O.L.G. 12, 12, Dernburg l. c. und Schollmeyer in Gruchots Beiträgen 49, 93.

Sie alle sind nicht unschwer zu widerlegen. Dernburg [2]) führt — um mit ihm zu beginnen — dafür, daß auch formlose Zusicherungen den Verkäufer aus 463 B.G.B. verpflichten, neben der Rücksicht auf Treu und Glauben auch den Umstand als Beweis an, daß das Gesetz ohne Unterschied von Zusicherungen redet [3]). Hieraus sei zu schließen, daß der Verkäufer sogar hafte, wenn er vor den Kaufverhandlungen der Kaufsache gewisse Eigenschaften zugeschrieben habe, ja, sogar dann, wenn er in Prospekten oder öffentlichen Ankündigungen von diesen gesprochen habe, wenn sie nur „zur Grundlage des Vertrages gemacht würden.“ Abgesehen davon, daß es in der Praxis unendlich schwer ist, festzustellen, ob solche Vorverhandlungen oder Prospekte Grundlagen des Vertrages geworden sind oder nicht, läßt sich gegen die Dernburg'sche Argumentation zweierlei anführen. Einmal — und hierin muß man unbedingt dem Reichsgericht folgen — haben Rücksichten auf Treu und Glauben [4]) Formvorschriften gegenüber zu verstummen, und sodann kann es bei der Frage, ob eine Vertragsklage zu gewähren ist, nicht darauf ankommen, ob eine Verhandlung der Parteien Grundlage, sondern ob sie Inhalt, Bestandteil des Vertrages geworden ist. Und daß sie diesen Charakter nicht erlangen kann, wenn sie nicht die für den

---

[1]) So Dernburg B.G.B. II, 2, 62. So Planck l. c. Windscheid-Kipp II, 699, Staudinger II, ad. 459 N. 8, Cosack I, 452 (der die Zusicherung unter den besondern Vereinbarungen der Parteien bringt). Staub 1616 Fischer-Henle ad. 459 N. 9 u. 313 N. 3. Crome 313 f. E. 52, 1, 51, 223 56, 15, 63, 111, Gruchot 48, 340. Jur. Woch. 03, B. 43, 124, 02 B. 247 04. 550, 05. 426. Vgl. auch bes. Eccius in Gruchot Bd. 43 S. 309.

[2]) a. o. O. II_2 S. 51.

[3]) ähnlich Matthiessen l. c.

[4]) E. 52 S. 5.

ganzen Vertrag vorgeschriebene Form hat, wer wollte dies bestreiten. Auch Schollmeyer[1]) vermag mich nicht vom Gegenteil zu überzeugen. Sein Gedankengang dürfte etwa folgender sein:

Aus jedem Kaufvertrage ergeben sich für den Verkäufer zwei Verbindlichkeiten. Er habe erstens die verkaufte Sache zu liefern, zu übereignen — Erfüllungspflicht —, und er habe zweitens für die Güte der Ware einzustehen, worunter die Haftung für Abwesenheit von Mängeln und Anwesenheit gewisser zugesicherter Vorzüge falle — Gewährleistungspflicht. Beide, Erfüllungs- wie Gewährleistungspflicht, seien scharf von einander zu scheiden, erstere entspringe dem Vertrage, letztere dem Vorhandensein von Mängeln resp. dem Fehlen zugesicherter Vorzüge. Letztere beruhe daher nicht auf dem Vertrage. Die sie begründende Zusage brauche daher nicht Vertragsbestandteil zu sein, und sei mithin auch keiner für den Vertrag geltenden Formvorschrift unterworfen. In dieser Beweisführung möchte ich Folgendes als unrichtig bekämpfen: Zuzugeben ist es, daß Erfüllungs- und Gewährleistungspflicht von einander grundverschieden sind. Aber unrichtig ist es, die Gewährleistungspflicht deshalb als nicht auf dem Vertrage beruhend zu bezeichnen, unrichtig, den Vertrag nicht als ihre Voraussetzung hinstellen zu wollen. Auch für den Gewährleistungsanspruch ist der Vertrag Vorbedingung, wenn auch nicht einzige Voraussetzung wie für den Erfüllungsanspruch — denn es muß noch hierzu das Vorhandensein von Mängeln oder Fehlen gewisser zugesicherter Vorzüge hinzutreten — wenn also auch nicht einzige, so doch immerhin Mitvoraussetzung, um nicht zu sagen, erste Voraussetzung desselben. Denn sonst ist die notwendige Folge die, daß der Vertrag wegfallen kann — etwa weil er nichtig ist oder angefochten wird — der Gewährleistungsanspruch aber bestehen bleibt, eine Konsequenz, die den Stempel der Unrichtigkeit offen an der Stirn trägt.

Es bleibt mir noch übrig, auf die gegenteilige Ansicht von Danz einzugehen[2]).

Danz behandelt die Frage nach der rechtlichen Wirksamkeit einer in einer Vertragsurkunde fehlenden mündlichen Zusage, ohne dabei zu scheiden, ob die Errichtung einer Vertragsurkunde vom Gesetz

---

[1]) Gruchot Bd. 49. S. 93.

[2]) Vgl. Danz „Die Auslegung der Rechtsgeschäfte" 1906. S. 152.

oder den Parteien vorgeschrieben oder ob diese rechtlich nicht nötig war. In allen diesen Fällen will er in der Niederschrift eines Vertrages nach vorausgegangenem mündlichen Verhandeln nur ausnahmsweise, d. h. „beim Vorliegen besonderer Umstände des Falls", das „definitive Resultat der Verhandlungen" sehen. Nur ausnahmsweise sollen seiner Ansicht nach vorherige mündliche Zusagen von Eigenschaften durch die Abfassung einer Vertragsurkunde ihre Bedeutung verlieren. Denn es sei nicht selten, so argumentiert Danz etwa, daß der Käufer durch die Zusage einer bestimmten Eigenschaft erst zum Vertragsabschlusse bestimmt werde, und der Verkäufer, der vorher mündlich eine Zusage machte, beim Niederschreiben aber diesen Punkt übergehe, müsse es sich gefallen lassen, daß sein Schweigen so gedeutet werde, wie es Treu und Glauben entspreche. Und es gehört für den Verkäufer zur bona fides, es dem Käufer bei Abfassung der Urkunde mitzuteilen, wenn er von einer früheren mündlichen Vereinbarung abgehen wolle. Sein Schweigen müsse also dahin gedeutet werden, daß die mündliche Vereinbarung auch Bestandteil des schriftlichen Vertrages werden solle.

Diesen Ausführungen kann ich mich nicht anschließen, da m. E. vor allem ein zwingender Grund vorliegt, hier zwischen formellen und zwar formlosen aber schriftlich abgefaßten Verträgen zu scheiden. Wie schon oben — vgl. S. 42 ff. — dargelegt, ist eine Zusage nur dann von rechtlicher Wirkung, wenn sie Bestandteil des Vertrages ist. Die Frage, wann eine solche Zusage aber Vertragsbestandteil geworden ist, ist verschieden zu beantworten, je nachdem es sich um formelle oder formlose Verträge handelt.

Bei formellen Verträgen, d. h. also solchen, bei denen zufolge eines objektiven Rechtssatzes oder wenigstens zufolge einer lex contractus seitens der Parteien eine bestimmte Form vorgeschrieben ist, muß man an dem Grundsatz festhalten; was nicht in der Urkunde steht, ist nicht Teil des Vertrages geworden. Das soll natürlich nicht bedeuten — und hierin hat Danz[1]) ohne weiteres Recht — daß man nunmehr die mündlichen, in der Urkunde fehlenden Nebenabreden ignorieren kann und muß, als wären sie nie getroffen. Nein, sie müssen dazu verwendet werden, zu sagen, was überhaupt in der Urkunde steht. Und das können wir nicht bloß aus den toten Buchstaben entnehmen,

---

[1]) Vgl. Danz 1. Aufl. S. 120 ff.

sondern vor allem aus der Bedeutung und dem Sinne, in dem die Worte der Urkunde gesetzt sind. Auch die formelle Urkunde muß ausgelegt werden, und hierzu kann man auch auf bloß mündliche Vereinbarungen eingehen. Wenn z. B. ein Haus verkauft wird[1]) und es in der nach § 313 B.G.B. erforderlichen Urkunde nicht genau bezeichnet ist, können doch zur Feststellung der Identität die vorherigen Besprechungen herangezogen werden. Also zum Zwecke der Auslegung kann man auf bloß mündliche Nebenabreden eingehen. Auslegen kann man aber nur, was in der Urkunde irgend wie angedeutet ist. Auch das gibt Danz[2]) zu, sagt er doch wörtlich: „Nebenabreden, die . . . . etwas im formalen Rechtsgeschäft nicht schon Begriffenes festsetzen wollen, sind ungültig" . . . . Die Abreden müssen durch die Worte des formalen Geschäfts gedeckt sein." Sonst vermögen sie keine Rechte zu erzeugen. Und als Beispiel einer solchen rechtlich bedeutungslosen Nebenabrede nennt Danz die mündliche Vereinbarung über die „Gefahrhaftung." Wie diese kann aber auch die in einer Nebenabrede erfolgte Zusage von Eigenschaften niemals auf etwas in der Urkunde schon „Begriffenem" fußen, niemals wird sie „durch die Worte des formalen Rechtsgeschäftes gedeckt sein", niemals wird sie die formelle Urkunde erläutern, sondern sie wird sie nur ergänzen, nur einen Zusatz bilden sollen.

Und daher kann auf sie, wenn sie in der Urkunde fehlt, nicht Rücksicht genommen werden. Es ist nicht einzusehen, aus welchen Motiven Danz die Abrede, die eine Zusage enthält, und die, die von der „Gefahrhaftung" spricht, verschieden behandeln will.

Bei einem formellen Vertrage (z. B. bei § 313 B.G.B.) kann also eine in der Urkunde fehlende bloß mündliche Zusage niemals Rechtswirkungen — natürlich nur soweit § 463 B.G.B. in Frage kommt — hervorbringen.

Anderes gilt bei formlosen Verträgen, bei denen den mündlichen Vereinbarungen die Niederschrift folgt. Hier ist natürlich Vertragsbestandteil alles, worüber eine Einigung der Parteien erzielt ist, nicht nur das, was in der Urkunde steht. Es fragt sich nur, ob die Parteien, die einige mündlich besprochenen Punkte in die Urkunde nicht aufgenommen haben, damit zu erkennen geben wollen, sie hielten

---

[1]) Vgl. Danz 1. Aufl. l. c.
[2]) Danz 1. Aufl. S. 131.

an dem, was sie mündlich besprochen, fest, oder ob in ihrem Schweigen ein Aufgeben der früheren Vereinbarungen zu erblicken ist.

Jenes nimmt Danz l. c. für den Regelfall an, dieses ist die durchaus herrschende und im folgenden Paragraphen näher begründete Ansicht.

§ 34.

Ich kann also mit bezug auf die vorangegangenen Erörterungen zusammenfassend wiederholen: Eine bei Gelegenheit von Kaufverhandlungen abgegebene Erklärung ist nur dann als Zusicherung im Sinne von § 459II,463 aufzufassen, „wenn sie vom Käufer als vertragsmäßige verlangt[2]), vom Verkäufer in vertragsmäßig bindender Form abgegeben ist.

Ich will nunmehr die Konsequenz dieses Grundsatzes in der Praxis etwas beleuchten, bevor ich mich den weiteren Fragen zuwende, wie der Käufer bei einem nicht vertraglichen Dictum geschützt wird.

Nach der Form begegnen uns in der Praxis drei Arten von Kaufverträgen. Entweder liegt ein mündlicher Kaufvertrag vor, oder es ist über ihn eine Urkunde aufgenommen, trotzdem das nicht erforderlich gewesen wäre, oder schließlich wir haben einen nach § 313 B.G.B. notwendigen notariellen oder gerichtlichen Grundstückskaufvertrag vor uns. Im ersten Falle werden wir, wie schon des öfteren hervorgehoben, einfach jede ernst gemeinte Erklärung des Verkäufers über die Kaufsache als von ihm in „vertragsmäßig bindender Weise" abgegeben, also als vertragsmäßige Zusage, ansehen müsse. Was die Parteien gesprochen haben, haben sie im Vertrage gesprochen. Wie sollte jemand beweisen können, daß irgend ein Wort nur neben dem Vertrage gesagt und nicht Bestandteil desselben geworden ist. Ganz anderes gilt aber, wenn die Parteien über den Kauf eine Urkunde errichtet haben, die — wie wir annehmen wollen, — für die Gültigkeit desselben nicht Bedingung war. Die Parteien werden natürlich eine Urkunde nur dann errichten, wenn sie sich über alles klar und einig geworden sind. Und die Urkunde hat dann den Zweck, endgültig das, was die Parteien gewollt, also was Vertragsinhalt werden soll, zusammenzufassen[3]). Meistens, wenn es sich um wichtige

[2]) R. G. Bd. 54 S. 223.
[3]) R.G. Bd. 52 S. 2.

Vereinbarungen handelt, von denen man nicht haben will, daß späterhin an ihnen herumgedeutet und interpretiert werde, bringt man diese zu Papier, damit sie dem Gedächtnisse der Parteien nicht entschwinden. Es wird nun vorkommen, daß die Parteien vieles, worüber sie gesprochen hatten, nicht in die Urkunde aufnehmen, entweder weil sich über diesen Punkt keine Einigung erzielen ließ oder aber weil trotz erzielter Einigung die Parteien späterhin anderen Sinnes geworden waren[1]). Deshalb hat und muß jede Urkunde die Vermutung der Vollständigkeit für sich haben; es gilt die praesumptio iuris, was nicht in der Urkunde steht, ist nicht Vertragsinhalt, eine nur bei den Vorverhandlungen gemachte, in der Urkunde nicht erwähnte Zusage ist keine Zusicherung im Rechtssinne. Nun ist diese praesumptio iuris, nicht zugleich „et de iure“, vielmehr ist stets der Gegenbeweis zugelassen, der aber zweierlei umfaßt, den Beweis, daß die Parteien sich über den betreffenden Punkt einig waren, wie auch den Beweis, daß diese Willensübereinstimmung noch zur Zeit der Abfassung der Urkunde bestand, und daß die Aufnahme dieses Punktes aus irgend einem Grunde z. B. aus Vergeßlichkeit unterblieben ist.

Wenden wir uns nun zu dem 3. Falle, nämlich dem Grundstücksveräußerungsvertrage, der nach § 313 B.G.B. gerichtlich oder notariell beurkundet sein muß. Diese Formvorschrift bezieht sich natürlich auf alle Bestandteile des Vertrages, also auch auf die Zusicherung, die gleichfalls Bestandteil des Kaufvertrages und nicht etwa Gegenstand eines selbstständigen Nebenvertrages ist[2]). Ist nun diese Zusage nur mündlich erteilt, so ist sie bedeutungslos, irgend ein Beweis, die Absicht der Parteien sei dahin gegangen, die Zusagen trotzdem gelten zu lassen, ist überflüssig, weil die aus der Nichtbeobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Form resultierenden Folgen nicht kraft Parteiwillens, sondern kraft Gesetzes eintreten.

Es bleibt aber noch zu erörtern, ob die auf Grund eines solchen Vertrages erfolgte Auflassung und Eintragung ins Grundbuch auf diese bloß mündlichen Zusagen irgend welche Wirkung ausübt. Es ist davon auszugehen, daß die bloß mündliche Zusage nichtig ist, und daß daher, wenn ein Teil eines Rechtsgeschäftes nichtig ist, auch

[1]) Matthiessen l. c. Motive I. S. 184.
[2]) R.G. Bd. 52 S. 3.

das ganze Rechtsgeschäft nichtig ist. § 139 B.G.B. (— der Gegenbeweis, daß der Vertrag auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre, ist aber immer möglich, was zur Folge hat, daß wenigstens, was in der Urkunde steht, Rechtswirkungen erzeugt. —) Da nun nach § 313_2 B.G.B. durch Auflassung und Eintragung ein ohne Beobachtung der nach 313_1 erforderlichen Form geschlossener Vertrag seinem ganzen Inhalte nach gültig wird, so wird auch hier die Zusage nachträglich gültig[1]). Vorausgesetzt muß natürlich auch hier werden, daß sie zur Zeit der Auflassung zum Vertragsinhalte gehören würde, wenn sie der erforderlichen Form nicht entbehrte. Ob dies der Fall wäre, wird gleichfalls zu prüfen sein, und es wird daher auch hier der Beweis zu erbringen sein, man habe sich über die mündliche Zusage geeinigt und die Willensübereinstimmung habe zu der Zeit, da auch die übrigen, bislang wegen § 139 B.G.B. nichtigen Vertragsbestandteile gültig würden[2]), also zur Zeit der Auflassung und Eintragung, noch bestanden. Fehlt aber diese zu jener Zeit, so ist ja nichts vorhanden, was konvaleszieren sollte. Auch das Reichsgericht hat sich in zwei Entscheidungen auf diesen Standpunkt gestellt. Vgl. R.G. Bd. 52 S. 3 ff. und Bd. 63 S. 110 ff. Im letzteren Falle wird folgender Fall behandelt:

Beklagte haben an Kläger ihr Grundstück von 18,529 kulmischen Morgen verkauft, und dabei dessen Größe betrüglicherweise auf 20 Morgen angegeben, ohne daß darüber in der Urkunde etwas erwähnt wurde. Noch vor der Auflassung erfuhr der Kläger von dem Betruge und bei der Auflassung behielt er sich seine Ansprüche aus der mündlichen Zusage vor, während die Verkäufer jetzt ausdrücklich jede Haftung hieraus ablehnten. Hierbei hat nun das Reichsgericht anerkannt, daß diese Zusage bei der Auflassung mangels Willensübereinstimmung nicht aufrecht erhalten blieb und daher aus §§ 449II, 463 keine Ansprüche erzeugte, denn — so hatte das Reichsgericht schon vorher in Bd. 54 S. 109 ausgeführt — „Die Nichtigkeit der formlosen Zusicherung bringe es mit sich, daß jeder Kontrahent von der Abrede jederzeit abgehen könne, und dann versage die Heilkraft der Auflassung".

---

[1]) Vgl. Fischer-Henle ad. 313, IV Dernburg II 1, S. 190 O. L. G. IV 208, Matthiessen a. o. O. S. 64.

[2]) Werner a. o. O. S. 303 ff.

In der Praxis wird es daher, wenn wir die letzten Erörterungen ins Auge fassen, gar nicht so selten vorkommen, daß Angaben des Verkäufers über die Kaufsache nicht als vertragsmäßige Zusicherungen gelten. Und dann wird sich immer die Frage erheben:

Wie kommt aber trotzdem der Käufer zu seinem Rechte?

Daß er geschützt werden muß, verlangt das Rechtsbewußtsein, in welcher Weise ihm aber dieser Schutz zuteil wird, soll im Nachstehenden gesagt werden.

§ 35.

Zunächst wird ihm ein mäßiger Schutz durch § 459,I in Verbindung mit § 462 gewährt. Denn das Fehlen nicht kontraktlich zugesagter Eigenschaften stellt sich immer als ein Fehler dar, der „den Wert oder die Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch" — und zwar nicht unerheblich — aufhebt oder mindert. Wann ist nämlich ein bestimmter Gebrauch nach dem Vertrage vorausgesetzt? Sicherlich nicht schon dann, wenn der Käufer der Meinung ist, die Sache sei von einer Beschaffenheit, wie er sie gerade suche. Nein, „einseitige Annahmen und Erwartungen sind nicht beachtlich [1])." Es ist unbedingt zu verlangen, daß der Käufer es vor dem Verkäufer ausspricht, oder sonst erkennbar macht, welche Eigenschaften er bei dem Kaufobjekte suche. Erst dann, wenn der Verkäufer darauf schweigt oder sonstwie den Käufer, der offen seine Erwartungen ausspricht, in diesem falschen Glauben läßt, kann man sagen, daß nach dem Vertrage ein bestimmter Gebrauch vorausgesetzt ist. Daß dies erst recht dann der Fall ist, wenn der Verkäufer nicht nur einen Käufer, der ihm seine Erwartungen über die Eigenschaften der Sache enthüllt, hierin bestärkt, nein ihn sogar erst in diesen Glauben versetzt, ist wohl allzu klar.

Aber nach 2 Richtungen hin ist hier noch von diesen Angaben zu handeln. Zunächst müssen die Angaben ernstlich und nicht bloß vage Anpreisungen sein. Der Verkäufer muß sich bewußt sein oder die Gegenpartei muß es wenigstens annehmen können, daß er sich hierdurch einer Verpflichtung aussetzt und seine Worte nicht bloß eine Folge des Spruches sind: „Jeder Kaufmann lobt seine Ware [2])." So hat z. B. das Oberlandesgericht Jena in einer Entscheidung an-

[1]) Fischer-Henle ad § 459 Anm. 6.

[2]) abgedruckt im „Recht" Jahrgang 1902 S 613.

erkannt, daß die Erklärung des Verkäufers „der Ofen sei gut“ ihm nicht Verpflichtungen aus § 459 auferlegte. Sodann aber fragt es sich, ob das Fehlen jedweder über die Kaufsache gemachten Angabe als Fehler derselben anzusehen ist oder nur, wie man rein sprachlich denken könnte, das Fehlen von Angaben über die physische Beschaffenheit der Sache. Ich glaube, ebenso wie man fast einstimmig in Literatur und Praxis den Begriff der „Eigenschaft“ im Sinne von 459,463 ziemlich weit auffaßt und hierunter „alle tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse auffaßt[1]), welche zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach den Verkehrsanschauungen einen Einfluß auf die Wertschätzung einer Sache zu üben pflegen[2])“, ebenso kann man auch umgekehrt den Begriff „Fehler“ weit auffassen als das Fehlen dieser „tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse.“

Wir sehen also, das bloße nicht vertragsmäßige Dictum fällt zwar nicht unter § 459 II, wird aber schon durch § 459 I getroffen und begründet nach 462,72 einen Anspruch auf Preisminderung, nicht aber auf das volle Erfüllungsinteresse.

§ 36.

In einem Falle kann allerdings auch nach geltendem Rechte ein bloßes nicht vertragsmäßiges Dictum eine Haftung auf das Erfüllungsinteresse begründen, nämlich dann, wenn in ihm zugleich ein arglistiges Verschweigen nach 463 S. 2 liegt. Zunächst scheint es ein Widerspruch zu sein, von einem arglistigen Verschweigen begangen durch positive Angaben zu sprechen. Und doch ist dies sehr wohl möglich. Man setze nur den Fall, es entbehrt die Kaufsache einer Eigenschaft, deren Fehlen sich als Mangel nach 459 I darstellt. Dann wäre der Verkäufer verpflichtet, um der Haftung aus 463 S. 2 zu entgehen, diesen Mangel dem Käufer anzuzeigen, während ihn arglistiges Verschweigen ersatzpflichtig macht. Ein solches Verhalten liegt dann vor, wenn er seinen Kontrahenten arglistig in Unkenntnis des Fehlers läßt. Und wenn er diese Unkenntnis dadurch zu unterhalten sucht, daß er das Gegenteil zusagt, so liegt darin ein arglistiges Verschweigen in hohem Maße und erzeugt daher einen Anspruch aus 463 S. 2.[3])

---

[1]) Dernburg a. a. O. S. 63, Cosack 454 N. 3, Staub II 1614–1617, Crome 335, Oertmann § 459 Z. 5.

[2]) R.G. Bd. 59,243, 61,86, 63,61. Jur. Woch. 02, B. 27; 03, B 113, 05,425.

[3]) So auch Staub 1659, Gruchot 48, 334, 336.

§ 37.

Das Rechtsmittel, das dem Käufer wegen Fehlens nicht vertraglich zugesagter Eigenschaften zusteht, ist, da das Wandlungsrecht hier ausscheidet, grundsätzlich nur der Anspruch auf verhältnismäßige Preisminderung, bei dessen Berechnung sich § 472 der oben genannten m. E. richtigen gemeinrechtlichen Doktrin angeschlossen hat, ausnahmsweise, beim Vorliegen eines arglistigen Verschweigens, auch der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Dieser ist, was seinen Umfang betrifft, Gegenstand eines lebhaften Streites geworden. Da aus unserer Erörterung aber der Fall, wo der Käufer die Sache zurückgeben will, ausscheiden soll — vgl. oben § 1 — so kann ich die bestrittene Frage, ob der Käufer nach 463 unter Heranziehung des § 249 die Kaufsache zurückweisen und Schadensersatz wegen gänzlicher Nichterfüllung verlangen kann, füglich übergehen und habe es hier nur mit der Berechnung des Schadensersatzanspruches wegen teilweiser Nichterfüllung zu tun. § 249 muß natürlich hier herangezogen werden, also der Zustand hergestellt werden, der bestände, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre[1]). Der zum Ersatz verpflichtende Umstand ist natürlich das Fehlen der zugesagten Eigenschaft. Wäre dies nicht eingetreten, dann wären die zugesagten Eigenschaften eben vorhanden. Die Herstellung dieses Zustandes besteht einfach in der Nachlieferung dieser Eigenschaften, im Falle der Unmöglichkeit tritt dann nach § 251 Entschädigung im Gelde unter Berücksichtigung des entgangenen Gewinns nach 252 ein. Das Interesse des § 463 ist also das positive. Es ist die Vermögenslage des Käufers zu berücksichtigen, in der er sich wirklich befindet und die, in der er bei Vorhandensein der Eigenschaft sich befinden würde. Es ist also die Differenz zwischen dem wahren Werte der Sache und dem Werte der Sache mit der zugesagten Eigenschaft zu zahlen, evtl. noch der Gewinn, der aus einer solchen Sache, insbesondere durch Verkauf darüber hinaus „nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge . . . .“ erzielt worden wäre[2]). Nicht ganz richtig ist Staub's[3]) Ansicht, der an Stelle des wahren Wertes der Sache den Kaufpreis setzt, und den Unterschied zwischen diesem und dem Betrage, den der Käufer aus der Sache erzielt hätte, wenn sie der betreffenden Eigenschaft nicht entraten hätte, dem Verkäufer auferlegt.

---

[1]) So auch Werner im Recht 1905 S. 303. . . . Cosack I, 453.

[2]) Fischer-Henle ad. 463 A 4.

[3]) Staub 1633.

§ 38.

Abgesehen hiervon kann eine wissentlich unwahre Zusage sich als Betrug charakterisieren und als solcher Rechtsfolgen nach sich ziehen, insofern sie dann einerseits nach 123 durch Anfechtung zur Nichtigkeit führen kann — dieser Fall scheidet aus der Arbeit aus — und insofern sie andererseits als unerlaubte Handlung einen Deliktsanspruch auf Schadensersatz erzeugen kann. Nur dieses Rechtsmittel interessiert hier.

§ 39.

Ich beginne mit der Frage, ob der Betrug nach unserem Rechte eine unerlaubte Handlung ist, und unter welche dei Gruppen der §§ 823, Abs. 2 und 826 B.G.B. er fällt.

Abzuweisen ist zunächst die Ansicht, im Betruge eine Verletzung des Eigentums zu sehen. Denn hiermit ist nach dem Gesetze nur das umfassende dingliche Recht gemeint, nicht das Vermögen.

§ 823 Abs. 2 behandelt den Verstoß gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz. Da als solches unzweifelhaft der Betrugsparagraph 263 im Strafrecht fällt, so begründet auch die arglistige Täuschung, wenn sie sich zugleich als strafrechtliches Vergehen charakterisiert, eine Ersatzpflicht nach 823 Abs. 2.

Daß schließlich in jeder durch arglistige Verleitung zum Vertragsabschlusse erfolgten Schädigung ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt, der nach 826 ersatzpflichtig macht, bedarf keiner weiteren Begründung. Wir können also auf beide Gesetzesbestimmungen den Anspruch wegen der arglistigen Täuschung stützen.

§ 40.

Da nun aber bekanntlich dem Betrogenen außerdem in der Anfechtung nach 123 ein höchst bedeutendes Recht eingeräumt ist, so könnte man meinen, und diese Ansicht ist auch vertreten worden, daß § 123 die Anwendung der Vorschriften über unerlaubte Handlungen ausschließe, und daß dem Betrogenen einzig und allein zustehende Rechtsmittel enthalte[1]). So hat insbesondere das Ober-Landesgericht Kiel dem Betrogenen nur das Recht eingeräumt, nach 123 anzufechten und den durch den Vertragsschluß entstandenen Schaden — das negative Interesse — die Kosten, Stempel etc. ersetzt zu verlangen, ihm aber die Befugnis, beim Vertrage stehen zu bleiben und Ersatz

[1]) O.L.G. Bd. XII, S. 12.

des durch die Arglist entstandenen Schadens zu verlangen, versagt[1]). Diese Auffassung entbehrt nun, wie das Reichsgericht und fast die gesamte Literatur annimmt, jeglicher Begründung. Denn die ganze Geschichte der Arglist lehrt, daß der Betrogene nicht darauf beschränkt war, vom Vertrage abzugehen, sei es mit obligatorischer Wirkung, wie bei der gemeinrechtlichen Rescission, sei es mit dinglicher, wie im A.L.R., sondern daß ihm darüber hinaus das Recht blieb, unter Aufrechterhaltung des Vertrages Schadensersatz zu fordern. Das B.G.B. hätte den Willen, von dieser Auffassung abzuweichen, deutlich zum Ausdruck bringen müssen. Dies hat es aber nicht getan[2]). Vielmehr hat es in § 123 als Analogon der gemeinrechtlichen Rescissionsbefugnis und der preußischen Nichtigkeit die Anfechtung aufgestellt, ohne dadurch in die aus dem Betruge sonst noch entspringenden Rechtsfolgen (§§ 823 f.) eingreifen zu wollen.

§ 40.

Doch so zweifellos auch dem Betrogenen dieser Deliktsanspruch zu gewähren ist, so bestritten ist sein Umfang. Auch hier ist von § 249 auszugehen und der Zustand herzustellen, der bestände, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Zum Ersatz verpflichtet natürlich die arglistige Vorspiegelung. Der Zustand, der ohne diese bestände, wäre nun entweder der, daß der Käufer überhaupt nicht, oder der, daß er mit anderen Modifikationen kontrahiert hätte. Dieser Zustand soll nun hergestellt werden. Er führt also dort zur Rescission, hier — und dadurch argumento a minore ad maius auch dort — zur Aenderung einzelner Vertragsbestimmungen. Uns interessiert hier nur das Recht des Käufers, sich auf den Standpunkt zu stellen, er hätte zwar, wenn er nicht getäuscht, überhaupt nicht kontrahiert, und selbst wenn er es doch getan, nur einen geringeren Kaufpreis bewilligt. Er verlange nun Herabsetzung des Kaufpreises um den Betrag, den er bei Kenntnis der Wahrheit weniger bewilligt hätte[3]). Was die Schwierigkeit eines diesbezüglichen Beweises sowie die ergänzende Anwendung des § 472 (Preisminderung)

---

[1]) Fischer-Henle zu § 123 A 6 Cosack I, 615 N. 8 Planck zu 123 N. 7, F. Leonhard 523, Eck 151, Enneccerus-Lehmann I, 187, Jur. Woch 1903. B. 91 05, 42, 76.

[2]) Vgl. „Recht" 02,476.

[3]) Jur. Woch. 05, 76.

und endlich den Einwand des Betrügers betrifft, er hätte zu einem billigeren Preise nicht kontrahiert, so sei auf das oben im gemeinen Rchte Gesagte verwiesen.

Ein Anspruch auf Ersatz des positiven Interesses kann aus 249 nicht hergeleitet werden. Es ist nicht zu leugnen, daß dieses Ergebnis der Billigkeit nicht entspricht, und es ist wohl zu verstehen, daß das Reichsgericht bestrebt ist, dem Betrogenen einen intensiveren Schutz in Gestalt des Anspruchs auf das Erfüllungsinteresse zu gewähren.

§ 42.

Dieser Standpunkt des Reichsgerichts, insbesondere die wechselnde Begründung eines in seinem Ergebnisse richtigen Urteils ist der Gegenstand dieses Abschnittes. Zum besseren Verständnisse greife ich aus dessen Praxis einen Fall heraus, um an ihm die Ansicht des Gerichts zu entwickeln [1]).

A, Eigentümer eines Kiesberges will den zu entnehmenden Kiesbestand an B veräußern. Obwohl er weiß, daß C ein Recht auf Ausschachtung des Kieses hat, spiegelt er dem Käufer B arglistig vor, C sitze ohne Recht darin. Deshalb erklärt sich B zum Kaufabschluß unter Zahlung eines Preises von 18000 Mk. bereit. Später merkt B die Täuschung, ficht den Vertrag nicht an, sondern verlangt 60 000 Mk. Schadensersatz wegen Nichterfüllung. In zwei Instanzen mit der oben verworfenen Begründung zurückgewiesen, wird ihm in dritter Instanz sein Recht unter Hinweis auf 823, 26 mit 249. Als den zum Ersatz verpflichtenden Umstand hat aber das Reichsgericht nicht den Betrug des Verkäufers als solchen, sondern die Unwahrheit der Vorspiegelungen angesehen und daraus gefolgert, daß ohne diese Unwahrheit die Tatsachen eben wahr gewesen wären. Dieser Zustand sei herzustellen, und im Falle, daß dies unmöglich oder mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden sei, trete Geldentschädigung an die Stelle. (§ 251 B.G.B.) Unter dem Zustande, der ohne die Täuschung nicht eingetreten wäre, sei also der Zustand gemeint, den der Käufer als Ziel des Vertrages im Auge gehabt und der sich auch verwirklicht hätte, wenn die Vorspiegelungen des Verkäufers der Wahrheit entsprochen hätten. Das Reichsgericht legt also im vorliegenden Falle dem Beklagten A die

---

[1]) E. 59, 156.

Verpflichtung auf, das Recht des C auf Kiesgewinnung zu beseitigen, resp. den B dafür in Gelde zu entschädigen.

Daß man bei wörtlicher Interpretation des § 249 nicht dazu kommen kann, als die zum Ersatz verpflichtende Tatsache die Unwahrheit der Vorspiegelungen und als den Zustand, der ohne diese Unwahrheit bestanden hätte, die Wahrheit der zugesagten Eigenschaft zu sehen, bedarf kaum einer weiteren Begründung. Eine solche Argumentation ist ein logischer Sprung. Daß nun aber 249 nicht wörtlich zu interpretieren, sondern[1]), wie das Reichsgericht annimmt, von der Herstellung des durch den Vertrag bezweckten Zustandes zu verstehen sei, also bei obligatorischen Verträgen von der Vertragserfüllung, ist mehr als zweifelhaft. Das Gericht stützt sich hierbei besonders auf Planck's[2]) Ansicht. Wenn Planck diesen Sinn dem § 249 unterschiebt, so trifft dies m. E. weder für den Fall des § 823, noch auch des § 179 zu[3]).

Es ist also die reichsgerichtliche Begründung, wie überhaupt der Versuch, auf 823 mit 249 einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse zu gründen, als verfehlt zu bezeichnen.

§ 43.

Dies konnte auch dem Reichsgericht nicht lange unbekannt bleiben, und wir sehen bald den Versuch, das Ergebnis der früheren Entscheidung, an dem man festhielt, auf eine gesündere Basis zu stellen. Noch im gleichen Jahre wird neben der Heranziehung des § 249 in den Urteilsgründen eines Erkenntnisses die Rechtslage des im guten Glauben eine Zusicherung machenden Verkäufers herangezogen und gezeigt, wie dieser beim Fehlen der Eigenschaft sich Minderung des Kaufpreises gefallen lassen müsse, woraus dann ge-

[1]) O.L.G. XII 12 Westrum in Jur. Woch 07 S. 39.

[2]) Vgl. Plank 879 A 2 ad 249 A 2 b.

[3]) § 179, der von dem Handeln im fremden Namen ohne Vertretungsmacht spricht, gewährt dem Kontrahenten das Recht, vom Vertreter Erfüllung oder Schadensersatz zu verlangen. Dann ist nach 249 der Zustand herzustellen, der beständige, wenn die Vertretungsmacht nicht fehlte — denn ihr Fehlen ist der zum Ersatz verpflichtende Umstand — und das wäre die Wirkung des Vertrages für und gegen den Vertretenen. Da dies unmöglich, trete Entschädigung in Gelde ein. Gibt man aber mit Plank dem § 249 den Sinn, daß er den vertraglich bezweckten Zustand meine, so ginge der Anspruch auch auf Erfüllung, und die Scheidung in § 179 zwischen Erfüllung und Schadenersatz wäre unverständlich.

folgert wird, daß der arglistige Verkäufer nicht besser dastehen dürfe. Insoweit ist auch gegen die höchstinstanzliche Beurteilung nichts einzuwenden.

Ebensowenig ist gegen das in E. 63, 110 anerkannte Recht, aus 823 mit 249 Herabsetzung des Preises in der oben bestimmten Weise zu verlangen, etwas einzuwenden.

§ 44.

Trotzdem hat das Reichsgericht den früher vertretenen Standpunkt, wonach dem Betrogenen sogar der Anspruch auf das Erfüllungsinteresse zustehe, nicht bald verworfen, sondern noch am Schlusse der Begründung der Entscheidung im 63. Bande ausdrücklich anerkannt, aber — und hierin liegt der Fortschritt — es hat einen neuen anderen Gesichtspunkt, nämlich den der analogen Anwendung des § 463 S. 2 mit erwähnt, aus der Erwägung heraus, daß die arglistige Täuschung durch positive Vorspiegelungen rechtlich die gleiche Berücksichtigung finden müsse, wie das arglistige Verschweigen. Aber in der letzten Entscheidung Bd. 66 S. 335 hat das Reichsgericht den alten Standpunkt völlig aufgegeben und ausdrücklich anerkannt, daß gestützt auf § 249 nur ein Recht des Käufers auf Minderung des Preises anerkannt werden kann, um den Betrag, den er bei Kenntnis der Sachlage weniger gezahlt hätte, daß aber sonst § 249 zur Begründung des Anspruchs auf das Erfüllungsinteresse nicht anwendbar sei, dieses vielmehr nur durch analoge Anwendung des § 463 zu erlangen sei. Diese Begründung dürfte völlig haltbar sein, obwohl auch sie angegriffen wird, aber m. E. ohne Grund. Matthiessen hat sich deshalb gegen die Annahme einer analogen Geltung des § 463 S. 2 ausgesprochen, weil in beiden Fällen der Rechtsgrund ein verschiedener sei[1]. Bei der arglistigen Täuschung, begangen durch positive nichtvertragsmäßige Vorspiegelungen, liege er außerhalb des Vertrages in der unerlaubten Handlung, bei der Täuschung, begangen durch arglistiges Verschweigen, liege er im Vertrage, dort ein Delikts-, hier ein Vertragsanspruch. Verschiedenheit des Rechtsgrundes schließe aber jede Analogie aus. Hiergegen möchte ich einwenden: Es ist zuzugeben, daß ohne Gleichheit des Rechtsgrundes ein Raum für Analogie nicht vorhanden ist, es ist aber zu leugnen, daß überhaupt in beiden Fällen der Rechts-

[1]) Jur. Woch. 08,60f.

grund verschieden ist. Er ist in beiden Fällen die Tatsache, daß das Recht einen dolus des Verkäufers nicht billigen kann, und daß deshalb ein Ersatzanspruch zu gewähren ist. Daß das positive Recht im einen Falle, bei der arglistigen Täuschung, zu diesem Behufe die Vertragsklage, im anderen Falle die Deliktsklage gibt, vermag den Rechtsgrund dieses Anspruches nicht zu ändern. Und die Geschichte lehrt uns, daß früher auch die Form der aus dem gleichen Rechtsgrunde entspringenden Ansprüche die gleiche war. (actio empti.) Ich nehme daher keinen Anstand, trotz Gewährung eines Anspruchs aus unerlaubter Handlung § 463 S. 2 zwecks Berechnung des Interesses heranzuziehen.

§ 45.

Es bleibt mir noch die Behandlung der weiteren Frage übrig, ob als Voraussetzung für diesen Deliktsanspruch neben den auch im gemeinen Recht genannten Voraussetzungen wie Wahrheitsentstellung, Irrtumserregung und Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Willenserklärung, noch der Nachweis hinzutreten muß, daß der Verkäufer dem Käufer durch die falsche Vorspiegelung vorsätzlich einen Vermögensschaden zugefügt hat. Diese Frage ist ohne weiteres zu bejahen, wenn man stets die Natur unseres Anspruches als Deliktsanspruch im Auge hat[1]); und notwendige Grundlage jedes Deliktsanspruches ist die Vermögensbeschädigung. § 249 kommt hierbei überhaupt nicht zur Anwendung[2]), da dieser „vom Inhalte des Schadensersatzanspruches, nicht von dessen Begründung handelt!“

Meistens wird die Vermögensbeschädigung darin liegen, daß der Käufer auf Grund der falschen Angaben dem Verkäufer einen Preis bewilligt hat, der über den wahren Wert der Sache hinausgeht. Oder der Kaufpreis entsprach zwar dem wahren Werte der Sache, aber für den Gewerbebetrieb des Käufers hatte die Sache ohne die betreffende Eigenschaft — wie der Verkäufer wußte — keinen Nutzen. Denn auch subjektive Momente sind bei der Entscheidung der Frage, ob eine Vermögensbeschädigung vorliegt, nicht bedeutungslos. Man kann z. B. nicht — wie das Reichsgericht in Bd. Str. 23 S. 434 ff. ausführt — verlangen, daß der Käufer, der die Kaufsache zu einem bestimmten wirtschaftlichen Zwecke erwirbt, wofür sich diese aber nicht

---

[1]) R.G.Str. Bd. 16 S. 1.

[2]) Matthiessen S. 62.

eignet, sie dem Betrüger zu Gefallen zu einem anderen Zwecke verwende, zu dem sie ganz tauglich ist. Der Täuschende kann sich nicht darauf berufen, „daß der Erwerber nur andere Zwecke zu verfolgen brauche, damit die Sache für ihn brauchbar werde."

Wir sehen also, der Nachweis einer Vermögensbeschädigung wird stets vom Käufer zur Geltendmachung seines Anspruches nötig sein. Auch das Reichsgericht scheint m. E. diese Ansicht zu teilen, wie dies aus R.G. Bd. 56 S. 51 und Bd. 63 S. 110 erhellt.

Ich möchte diesen Abschnitt nicht schließen, ohne auf die interessante, schon wiederholt praktisch gewordene Frage einzugehen, ob für unseren Anspruch schon dann Raum ist, wenn durch den Vertragsschluß als solchen noch keine Schädigung eingetreten ist, diese vielmehr erst eine Folge der Erfüllung des Vertrages ist. Folgender Fall mag dies illustrieren. A hatte sein[1]) 18, 529 Morgen großes Grundstück an B durch notariellen Vertrag verkauft, vor dem Kaufe aber die Größe des Besitztums betrüglich auf 20 Morgen angegeben. Die notarielle Urkunde schwieg darüber. Noch vor der Auflassung erfuhr der Käufer den Betrug, behielt sich sein Recht aus dem Betruge bei der Auflassung vor, während der Verkäufer jede Garantie ablehnte, und klagte den Betrag ein, um den das Grundstück bei einer wahren Größe von 20 Morgen mehr wert sei. Die erste und zweite Instanz wiesen ihn ab, mit der folgenden Begründung: Ein Anspruch aus unerlaubter Handlung sei unbegründet, da das Vorhandensein eines Schadens vermißt werde. Denn ein solcher sei nicht durch den Vertrag, sondern erst durch dessen Erfüllung, Auflassung und Eintragung, entstanden, und man könne nicht den durch die Erfüllung entstandenen Schaden ersetzt verlangen, wenn man die Erfüllung nur zu dem Zwecke herbeiführe, um dann den durch sie entstandenen Schaden ersetzt zu verlangen.

Das Reichsgericht hat nun glücklicherweise, obwohl es noch im 56. Bande S. 51 ff. sich auf den gleichen Standpunkt gestellt hat, im 63. Bande S. 110 ff. seine Ansicht geändert und den Trugschluß obiger Beweisführung anerkannt.

Denn er hat ausgeführt, daß im obigen Falle der Schaden zwar erst durch die Erfüllung des Vertrages, die Auflassung, „in Erscheinung trete", der Schaden aber im Betruge selbst seine Quellen habe und daher ohne weiteres zu erstatten sei.

---

[1]) R.G. Bd. 63^{110}.

folgert er weiter — erlischt der Deliktsanspruch, Käufer habe aber, da er den Vertrag aufrecht erhalte, Anspruch auf Erfüllung und im Falle der Unmöglichkeit Schadensersatz wegen Nichterfüllung, einen Anspruch, der auf dem Vertrage beruhe. Auch hierin liegt m. E. ein Irrtum. Denn es ist nicht recht einzusehen, wie plötzlich etwas, was früher nicht Vertragsbestandteil war, durch die einseitige Willenserklärung des einen Kontrahenten, daß er nämlich den Vertrag bestätige, diesen Charakter erlangen könnte. Es wäre dies mit dem Wesen des Vertrages unvereinbar.

Lebenslauf.

Ich, Martin Markiewitz, Preuße, jüdischer Religion, bin geboren am 10. Januar 1886 zu Myslowitz als Sohn des Kaufmanns Heimann Markiewitz und seiner Ehefrau Cäcilie geb. Warschauer. Ich besuchte das Gymnasium zu Myslowitz, das ich Ostern 1905 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Meine juristischen Studien betrieb ich auf den Universitäten Berlin (2 Semester), München (1 Semester) und Breslau (3 Semester). Am 25. Mai 1908 bestand ich vor der Königl. Prüfungskommission zu Breslau das Referendarexamen mit dem Prädikate „gut". Am 11. Juni 1908 wurde ich als Referendar beim Amtsgericht Nieder-Wüstegiersdorf vereidigt. Am 19. Juni 1908 bestand ich vor der juristischen Fakultät zu Breslau das mündliche Doktorexamen. Zur Zeit bin ich in Falkenberg O./S. beim Amtsgericht beschäftigt.